

شرح
فتح القلوب
تأليف

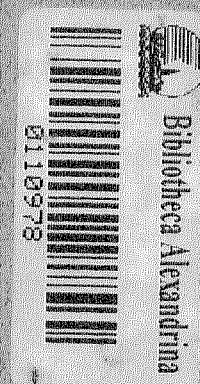
الإمام كال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
شم السكندري المعروف بابن المهتمم الحنفى
المتوفى سنة ٦٨١ هـ

على
المطبعة: شرح بداية المبتدى
تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني

المجلد السادس

المكتبة العامة
مصر



شرح فتح القدير تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفى
المتوفى سنة ٦٨١ هـ

على
الهداية: شرح بداية المبتدى
تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ


ومعه

- ١ - شرح العناية على الهداية للإمام أكل الدين محمد بن محمود البابرقى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ .
- ٢ - حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى چلبى وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ هـ .

ويليه

تكملة شرح فتح القدير المسماة « نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار » لشمس الدين أحمد المعروف
بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ :

الجزء السادس
دار الفكر

المكاتب، البناية المركزية - هاتف، ٢٤٤٧٣٩ - ص.ب.، ١١/٧٠٦١
المطابع والمعمل، حارة حريك - شارع عبد النور - هاتف، ٢٧٣٦٥٠ - ٢٧٣٤٨٧
بَيرُوت } لَبْنَان 
بَرقِيا، فِكْمِي - تَلَكْس ٤١٣٩٢ فِكْر FIKR 41392 LE

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ

(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(باب استيلاء الكفار)

(وإذا غلب الترك على الروم فسبوا أموالهم ملكوها) لأن الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما بينه إن شاء الله تعالى (فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجد من ذلك) اعتبارا بسائر أملاكهم (وإذا غلبوا على أموالنا والعباد بالله وأحرزوها بدارهم ملكوها)

(باب استيلاء الكفار)

لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع في بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض وحكم استيلائهم علينا وتقديمه الأول على الثاني ظاهر (قوله وإذا غلب الترك على الروم) أي كفار الترك على كفار الروم (فسبوا وأخذوا أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء قد تحقق على مال مباح على ما بينه) عن قريب (فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجد من مال) أي مما أخذوه منهم وإن كان بيننا وبين الروم مودة لأننا لم نغدرهم إنما أخذنا ما لا يخرج عن ملكهم . ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين مودة فاقتلوا فغلبت إحداهما كان لنا أن نشترى المغنوم من مال الطائفة الأخرى من الغنائم لما ذكرنا . وفي الخلاصة : والإحراز بدار الحرب شرط ، أما بدارهم فلا . ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين مودة وقاتلوا في دارنا لا نشترى من الغالبين شيئا لأنهم لم يملكوه لعدم الإحراز فيكون شراؤنا غلدا بالآخرين فإنه على ملكهم . وأما لو اقتتل طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغالبين نفسا أو مالا ؟ ينبغي أن يقال إن كان بين المأخوذ وبين الآخذ قرابة محومة كالأمية أو كان المأخوذ لا يجوز بيعه للآخذ لم يجز إلا إن دانوا بذلك عند الكرخي ، وإن لم يكن فإن دانوا بأن من قهر آخر ملكه جاز الشراء وإلا لا (قوله وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها) وهو قول مالك وأحمد ، إلا أن

(باب استيلاء الكفار)

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار أعقبه بذكر عكسه لاشتماله على أحكام مختلفة فكان خليقا بتبويب باب له ، وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة أن يفتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين ، والترك جمع التركي ، والروم جمع الرومي : أي الرجال المنسوبون إلى بلادهم ، والمراد به كفار الترك ونصارى الروم . وكلامه واضح . وقوله (حل لنا ما نجد من ذلك) أي مما أخذته الترك من أهل الروم لأن المأخوذ صار ملكا للترك

(باب استيلاء الكفار)

وقال الشافعي : لا يملكونها لأن الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم .

عند مالك بمجرد الاستيلاء يملكونها . ولأحمد فيه روايتان فقولنا وكقول مالك : فيتفرع على ملكهم أموالنا بالإحراز أن لكل من دخل دار الحرب بأمان من المسلمين أن يشتري ما أخذوه فيأكله ويطأ البخارية للملكهم كل ذلك (وقال الشافعي : لا يملكونها لأن الاستيلاء) أى استيلاءهم على أموالنا (محظور ابتداء) عند الأخذ (وانتهاء) عند صيرورتها في دارهم لبقاء عصمة المال لبقاء سببها وهو عصمة المالك . قال عليه الصلاة والسلام « فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم » والكفار مخاطبون بالحرمات إجماعا (والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدته) فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ، ولأن النص دل عليه وهو ما روى الطحاوي مسندا إلى عمران بن الحصين قال : كانت العضباء من سوابق الحاج ، فأغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء وأسروا امرأة من المسلمين ، وكانوا إذا نزلوا يريحون إبلهم في أفنيئهم ، فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لاتضع يدها على بعير إلا رغا حتى أتت على العضباء ، فأثت على ناقة ذلول فركبتها ثم وجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها ، فلما قدمت عرفت الناقة ، فأثتوا بها إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته المرأة بنذرهما ، فقال : بئس ماجزيتيها أو وفيتيها « لا وقاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم » . وفي لفظ : فأخذ ناقته . ولو كان الكفار يملكون بالإحراز للملكها المرأة لإحرازهم إياها . وللمجهور أوجه من النقل والمعنى ، فالأول قوله تعالى - للفقراء المهاجرين - ساهم فقراء ، والفقير من لا يملك شيئا ، فدل على أن الكفار ملكوا أموالهم التي خلفوها وهاجروا عنها ، وليس من ملك مالا وهو في مكان لا يصل إليه فقيرا بل هو مخصوص بابن السبيل ولذا عطفوا عليهم في نص الصدقة . وأما ما استدلل به الشارحون مما في الصحيحين أنه قيل له عليه الصلاة والسلام في الفتح أين تنزل غدا بمكة ؟ فقال : وهل ترك لنا عقيل من منزل . وروى أنزل غدا بدارك ؟ فقال : وهل ترك لنا عقيل من ربيع . وإنما قاله لأن عقيل كان استولى عليه وهو على كفره فغير صحيح ، لأن الحديث إنما هو دليل أن المسلم لا يرث الكافر ، فإن عقيل إنما استولى على الرباع بإرثه إياها من أبي طالب . فإنه توفي وترك عليا وجعفرًا مسلمين وعقيلًا وطالبا كافرين فورثاه ، لا أن الديار كانت للنبي صلى الله عليه وسلم ، فلما هاجر استولوا عليها فملكوها بالاستيلاء . وروى أبو داود في مراسيله عن تميم ابن طرفة قال : « وجد رجل مع رجل ناقة له ، فارتفعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فأقام البيعة أنها له ، وأقام الآخر البيعة أنه اشتراها من العدو فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن شئت أن تأخذ بالثمن الذي اشتراها به فأنت أحق ، وإلا فحل عن ناقته » والمرسل حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم . وأخرج الطبراني مسندا عن تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة . وفي سنده ياسين الزيات مضعف . وأخرج الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن ابن عباس « أنه عليه الصلاة والسلام قال فيما أحرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم : إن وجده صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به ، وإن وجده قد قسم فإن شاء أخذه بالثمن » وضعف بالحسن بن عمارة . وأخرج الدارقطني عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من وجد ماله في النى قبل أن يقسم فهو له ، ومن وجد بعد ما قسم فليس له شيء »

كسائر أموالهم . وقوله (لأن الاستيلاء محظور ابتداء) أى في دار الإسلام (وانتهاء) أى في دار الحرب بعد الإحراز . وقوله (على ما عرف من قاعدة الخصم) أن المحظور ولو بوجه لا ينتهض سببا للملك كما في البيع الفاسد ؛ وأما المحظور من كل وجه بأن يكون محظورا بأصله ووصفه كما في البيع الباطل كالبيع بالميتة أو الدم فإنه لا يوجب

ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعتقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم ، وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع ، فإذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان ، غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار لأنه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا ،

وضعف بإسحاق بن عبد الله بن أبي فروة ثم أخرجه بطريق آخر فيه رشدين وضعفه به . وأخرجه الطبراني عن ابن عمر مرفوعا « من أدرك ماله في النوى قبل أن يقسم فهو له ، وإن أدركه بعد أن يقسم فهو أحق به بالثمن » وفيه ياسين ضعف به . قال الشافعي : واحتجوا أيضا بأن عمر بن الخطاب قال : من أدرك ما أخذ العدو قبل أن يقسم فهو له ، وما قسم فلا حق له فيه إلا بالقيمة : قال : وهذا إنما روى عن الشعبي عن عمر وعن رجاء بن حيوة عن عمر مرسلا وكلاهما لم يدرك عمر . وروى الطحاوي بسنده إلى قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب قال : فيما أخذه المشركون فأصابه المسلمون فعرفه صاحبه : أي أدركه قبل أن يقسم فهو له ، وإن جرت فيه السهام فلا شيء له . وروى فيه أيضا عن أبي عبيدة مثل ذلك . وروى بإسناده إلى سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت مثله . وروى أيضا بإسناده إلى قتادة عن خلاص أن علي بن أبي طالب قال : من اشترى ما أحرز العدو فهو جائز . والعجب ممن يشك بعد هذه الكثرة في نفي أصل هذا الحكم ، ويدور في ذلك بين تضعيف بالإرسال أو التكلم في بعض الطرق ، فإن الظن بلا شك يقع في مثل ذلك أن هذا الحكم ثابت وأن هذا الجمع من علماء المسلمين لم يتعمدوا الكذب . ويبعد أنه وقع غلط للكل في ذلك ، وتوافقوا في هذا الغلط ، بل لا شك أن الراوى الضعيف إذا كثر مجيء معناه ما رواه يكون مما أجاد فيه ، وليس يلزم الضعيف الغلط دائما ولا أن يكون أكثر حاله السهو والغلط . هذا مع اعتضاده بما ذكرنا من الآية والحديث من الصحيح : وحديث العضباء كان قبل إحرازهم بدار الحرب ؛ ألا يرى إلى قوله وكانوا إذا نزلوا منزلا الخ فإنه يفهم أنها فعلت ذلك وهم في الطريق ، وأما المعنى فما أشار إليه المصنف بقوله (الاستيلاء ورد على مال مباح) يعني الاستيلاء الكائن بعد الإحراز في حال البقاء ورد على مال مباح (فينعتقد سببا للملك كاستيلائنا على أموالهم) فإنه ما تم لنا الملك فيه إلا لهذا المعنى (وهذا) أي كونه مباحا إذ ذاك (لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل) وهو قوله تعالى - هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا - فإنه يقتضى إباحة الأموال بكل حال ، وإنما تثبت (ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع ، فإذا زالت المكنة) من الانتفاع (عاد مباحا) وزوالها على التحقيق واليقين بتباين الدارين ، فإن الإحراز حينئذ يكون تاما وهو (الاقتدار على المحل حالا ومآلا) بالادخار إلى وقت حاجته ، بخلاف أهل البغى إذا أحرزنا أموالهم لاتزول أملاكهم لأن

الملك بالاتفاق (ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح) وورود الاستيلاء على مال مباح (ينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم) وقوله (وهذا) إشارة إلى أن الاستيلاء ورد على مال مباح ، وبيانه أن العصمة في المال لكل من تثبت له من المسلم والكافر إنما تثبت على منافاة الدليل ، فإن الدليل وهو قوله تعالى - هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا - يقتضى أن لا يكون مال مآ معصوما لشخص مآ ، وإنما تثبت العصمة (لضرورة تمكن المالك من الانتفاع ، فإذا زالت المكنة) بالاستيلاء (عاد مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار ، لأنه) أي لأن الاستيلاء (عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا) والكفار ماداموا

والمحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل ؟

العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة من وجه فلا يزول الملك بالشك . ثم أجاب عن قوله المحظور لا يصلح سببا للملك فقال ذاك في المحظور لنفسه (أما المحظور لغيره فلا فإننا وجدناه صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب) كما في الصلاة في الأرض المخصصة (فما ظنك بالملك الديوي) والقياس على استيلائهم على رقابنا فاسد لأنها ليست مالا ، وكذا على غضب المسلم مال المسلم ، وذلك لأنه ليس فيه إحراز يزول الملك على ما ذكرنا في الباغي . وأورد عليه أن العصمة إن أزلت بالإحراز بدارهم لا يكون الاستيلاء محظورا ليجتاح إلى هذا الكلام وإن لم تكن زالت لم تصر ملكا لهم . وأجيب بأن العصمة المؤتممة باقية لأنها بالإسلام ، والمقومة زالت لأنها بالدار . وقد يقال إن كان الملك زال تبعا لزوال القيمة صار مباحا وعاد الأول ، وإن لم يسقط لزم الثاني فالمدار الإباحة وعدمها . ثم الوجه أن لا حاجة إلى إثبات أنه محظور لغيره ، وذلك لأن الاستيلاء إن أريد به ابتداء الأخذ أو إدخاله في دار الحرب يجب كونه قبيحا لعينه لأنه ظلم وهو قبيح لنفسه فهو محرم لنفسه ، وإن كان تحريم الغصب لقيام ملك الغير فهو قبيح لنفسه على ما عرف ، كذا أورد في الأصول على كون الغصب يفيد الملك ذلك . أجيب بأن المفيد له هو الضمان على ما في توجيهه من الكلام ، بل نقول : ليس الاستيلاء الأول سببا للملك ولا الإدخال إلى دار الحرب ، بل الإدخال سبب زوال مكنة الانتفاع وزوال مكنة الانتفاع سبب الإباحة ، وهو لا يتصف بمحل ولا حرمة لأنه ليس من الأفعال . ثم الاستيلاء الكائن في البقاء على ذلك المال المباح سبب ملك الكافر ، وهذا الاستيلاء ليس بمحرم لأنه على مال مباح وإباحته مسببة عما ليس بمحرم وهو زوال المكنة ، فأما الأخذ وما يليه فأسباب لغير ذلك مما ذكرنا ، فكان الوجه منع أن سبب الملك هنا محظور لنفسه أو غيره بل هو أمر مباح ، والسبب البعيد لا يؤثر في المسبب الأخير لأنه مسبب عن غيره على ما عرف من أن العلة البعيدة لا أثر لها في المعلول ، بخلاف الغصب فإنه لا يستعقب إباحة أصلا . وقول بعضهم في التقرير : لا نسلم أن الاستيلاء ورد على مال محظور معصوم ، لأن استيلائهم إنما يتحقق بعد الإحراز وبعده ارتفعت العصمة فورد على مال مباح ، كمال المسلم ثمة إذا لم يهاجر إلينا يقتضى أن ماله مباح ، وليس كذلك بل ماله معصوم عليه غير العقار على الخلاف المتقدم ،

في دار الإسلام اقتدروا على المحل حالا ، وإنما يقتلدون عليه ما لا بالإحراز لأنهم ماداموا في دارنا فهم مهجورون بالدار ، والاسترداد بالنصرة محتمل . وقوله (والمحظور لغيره) جواب عن قول الخصم إن الاستيلاء محظور . وتقريره : سلمنا أنه محظور لكنه محظور لغيره مباح في نفسه على ما ذكرنا ، والمحظور لغيره (إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك) كالصلاة في الأرض المخصصة فإنها تصلح سببا لاستحقاق أعلى النعم وهو الثواب في الآخرة ، فلأن تصلح سببا للملك في الدنيا أولى . فإن قيل : لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغازي الذي وقع في قسمته أو من الذي اشتراه من أهل الحرب بدون رضا الغازي . أجيب بأن بقاء حق الاسترداد لحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم ؛ ألا ترى أن اللواهب الرجوع في الهبة والإعادة إلى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال ، وكذا الشفيع يأخذ الدار من

(قال المصنف : والمحظور لغيره إذا صلح النعم) أقول : قال في الكافي : هذا مشكل ، لأن العصمة لا تخلو إما إن زالت بالإحراز بدارهم أو لم تزل ، فإن زالت لم يكن الاستيلاء محظورا لما مر ، وإن لم تزل لا يصير ملكا كما في مسئلة البغاة ، إلا أن يقال : العصمة المؤتممة باقية لأنها بالإسلام وإن زالت المقومة لأنها بالدار اهـ . ولك أن تقول إنه جواب عن التنزل والتسليم (قوله كالصلاة في الأرض المخصصة النعم) أقول : مخالف لما في كتب الأصول .

(فإن ظهر عليها المسلمون فوجدوا المالكون قبل القسمة فهي لم يغير شيء ، وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن أحبوا) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه « إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء ، وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة » ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخذ نظرا له ، إلا أن في الأخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجاهلين ، والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة (وإن دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجه إلى دار الإسلام فإلكه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه به وإن شاء تركه) لأنه يتضرر بالأخذ مجانا ، ألا ترى أنه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ، ولو اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض ، ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة ، ولو كان مغنوما

وسببه أنه ليس في يده بل يكتفى بالمنع بأن يقال : لانسلم أنه محظور لأنه ورد على مال مباح الخ (قوله فإن ظهر عليها المسلمون فوجدوا المالكون قبل القسمة فهي لم يغير شيء ، وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن أحبوا) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه « إن وجدته الخ) وتقدم الكلام في الحديث ونظائره . فإن قيل : أخذه قبل القسمة إذا كان حكما لازما يقتضي قيام ملكه . أجيب بالمنع فإن الواهب له أن يأخذ ما وهبه بعد زوال ملكه عنه شرعا ، وكذا الشفيع يقدم على المالك المشتري في الأخذ ولا ملك له . وحاصله أن في الشرع صورا يقدم فيها غير المالك على المالك كما أريناك فلأن يقدم غير المالك على غير المالك أولى وهو ما ذكرنا ، فإنه لا ملك لأحد في المغنوم قبل القسمة فجبر ضرورة القوى بضرر يسير ، فإن الشركة أولا في الحق دون الملك ، وثانيا هي شركة عامة فيخف ضرر كل واحد نخفة كثيرة . وصورة الشفيع شبيهة أخذه بالقيمة بعد القسمة لتقدمه في إثبات ملك منتف بإزالة ملك موجود بالثمن دفعا لضرر الجوار أو الخلطة مع دفع ضرر إلتلاف مال الآخر ، وأشبه بالتاجر إذا دخل دار الحرب فاشترى ما استولوا عليه من مال المسلم فإنه إزالة ملك ثابت بعوض بإحداث ملك زائل بعوض بقدره وهي المسئلة التي ذكرناها . وهذا لأن الشارع لما لم يزل الملك الخاص الحادث للغازي في مقابلة غناء حصل له لا بمقابلة مال بذله إلا ببذله ليعتدل النظر ويخف الضرر من الجاهلين ، فلأن لا يزيله برفع ملك حصل بعوض بإحداث ملك إلا بعوض ليعتدل من الجاهلين أولى (ولو) أن التاجر (اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض) هذا ولو ترك أخذه بعد العلم بشرائه وإخراجه من دار الحرب زمانا طويلا له أن يأخذه بعده في ظاهر الرواية . وفي رواية ابن سماعة عن محمد : ليس له كالشفيع إذا لم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع ، والظاهر هو الأول (ولو وهبوه لمسلم أخذه ماله بقيمته لأنه ثبت له ملك خاص) في مقابلة ما كالمال أو أثقل من المائة إذ المال ثابت معنى لأن المكافأة مطلوبة والظاهر إيقاعها (فلا يزال إلا بالقيمة) وقد يمنع هذا بالرجوع ، ولو كان ما أخذه الكفار من مال المسلم مثليا كالدرهم والدنانير والحنطة والعسل والزيت ثم غنمه المسلمون يأخذه المسلم قبل القسمة بغير شيء ولا

المشتري بحق الشفعة بدون رضا المشتري مع ثبوت الملك له . وقوله (فإن ظهر عليها المسلمون) واضح . وقوله (لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة) قيل عليه بأن الملك ثبت للموهوب له مجانا فلا يتضرر بالأخذ منه مجانا ، بخلاف ما ثبت لأحد الغزاة بالقسمة لأن هذا الحق إنما تعين له بإزاء ما انقطع من حقه عما في أيدي الباقيين . وأجيب بأن الملك ههنا أيضا ثبت بالعوض معنى لما أن المكافأة مقصودة في الهبة وإن لم تكن مشروطة فيجعل ذلك معتبرا في إثبات حقه في القيمة . وقوله (ولو كان مغنوما) يعني لو كان ما أخذه الكفار من المسلمين مغنوما : أي

وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لأن الأخذ بالمثل غير مفيد . وكذا إذا كان موهوبا لا يأخذه لما بينا ، وكذا إذا كان مشتري بمثله قدرا ووصفاً ، قال (فإن أسروا عبدا فاشتره رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقت عينه وأخذ أرشها فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو) أما الأخذ بالثمن فلما قلنا (ولا يأخذ الأرض) لأن الملك فيه صحيح ، فلو أخذه أخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ، بخلاف الشفعة لأن الصفقة لما تحولت إلى الشفعين صار المشتري في يد المشتري بمنزلة

يأخذه بعدها لأنه لا فائدة فيه (لأن أخذه بالمثل غير مفيد ، وكذا إذا كان) المثلي (موهوبا) من الكافر للمخرج له ليس فيه إلا المثل وهو غير مفيد لما قلنا (وكذا إذا كان) الذي أخذه من الكفار (مشتري بمثله قدرا ووصفاً) ليس لصاحبه القديم أن يأخذه لأنه غير مفيد ، وقيد بقوله قدرا ووصفاً لأنه لو اشتراه المشتري بأقل قدرا منه أو بجنسه لكن أدون منه أو أحسن فإن له أن يأخذه بمثل ما أعطى المشتري منهم .

[فرع] اختلف المولى والمشتري منهم في قدر الثمن القول قول المشتري مع يمينه لأنه إنما يملك عليه ماله بما يقرّ هو به ، كالمشتري مع الشفعين إذا اختلفا في الثمن إلا أن يقيم المالك البيعة أنه اشتراه بأقل فيثبت ذلك (قوله) فإن أسروا عبدا فاشتره رجل فأخرجه إلى دار الإسلام ففقت عينه وأخذ أرشها ، فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو ، ولا يأخذ الأرض لأن ملكه فيه صحيح (لأنه آخذ بدل ملك صحيح كما لو قتل العبد ، بخلاف المشتري شراء فاسدا على ماسندكر (فلو أخذه) أى الأرض (أخذه بمثله) دراهم أو دنانير وعلمت أنه لا يفيد ولو أخذه بزيادة أو نقصان ، ولو كانت أمة فباعها الغانم بألف فولدت في يد المشتري وماتت فأراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبي يوسف له ذلك بألف ، وعند محمد بحصته منها ، وذلك بأن يقسم الألف على قيمة الأم يوم القبض وقيمة الولد يوم الأخذ ، فما أصاب كلا فهو حصته من الألف (ولا يحط شيء من الثمن) بما نقص من عينه (لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن) بما نقص من عين العبد والعين كالوصف لأنها يحصل بها وصف الإبصار ،

مأخوذا بالظهور والغاية (وهو مثلي) كالذهب والفضة والحنطة والشعير (يأخذه قبل القسمة) ولا يأخذه بعدها (لأن الأخذ بالمثل غير مفيد ، وكذلك إذا كان موهوبا لا يأخذه لما بينا) أن الأخذ بالمثل غير مفيد (وكذا إذا كان مشتري بمثله قدرا ووصفاً) يعنى إذا كان ما أخذه الكفار من المسلمين مثليا فاشتره من مسلم بمثله قدرا ووصفاً ثم جاء صاحبه القديم ليس له أن يأخذه منه لأنه غير مفيد ، وإنما قيد بقوله قدرا ووصفاً احترازا عما لو اشتراه المسلم بأقل قدرا منه أو بجنس آخر أو بجنسه ولكنه أردأ منه ووصفاً فإن له أن يأخذه بمثل ما أعطاه المشتري ولا يكون ذلك ربا لأنه إنما فدى ليستخلص ملكه ويعيده إلى قديم ملكه لأنه يشتره ابتداء . قال (فإن أسروا عبدا) إذا أخذ الكفار عبدا ودخلوا به دار الحرب (فاشتره رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقت عينه وأخذ أرشها فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو ، أما الأخذ بالثمن فلما قلنا) إن المشتري يتضرر بالأخذ مجانا (ولا يأخذ الأرض لأن الملك فيه صحيح) فكان الأرض حاصلا في ملكه وليس فيه الإعادة إلى قديم الملك حتى يكون المولى أحق به كالرقبة ، ومع هذا لو أخذه فإنما يأخذه بمثله لأن الأرض دراهم أو دنانير وهو لا يفيد . وقوله (لأن الملك فيه صحيح) احتراز عن المشتري شراء فاسدا ، فإن الأوصاف هناك مضموتة (ولا يحط شيئا من الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن) . واستشكل هذا التعليل ها هنا لأن الأوصاف إنما لا يقابلها شيء من الثمن

(قوله وليس فيه الإعادة إلى قديم الملك) أقول : إذ لملك فيه قديما .

المشترى شراء فاسدا ، والأوصاف تضمن فيه كما في الغصب ، أما ههنا الملك صحيح فافترقا

وقد فانت في ملك صحيح فلا يقابلها شيء من الثمن فلا يسقط بفواتها شيء منه ، وإنما لم يقابل شيء من الثمن بالوصف لأنه تابع وبفواته لا يسقط شيء من الثمن ، ولهذا لو ظهر في المبيع وصف مرغوب فيه وقد نفياه عند العقد لم يكن للبائع أن يطلب شيئا بمقابلته ؛ ألا يرى أنه لو اشترى عبدا فذهبت يده أو عينه قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن ، والعقر كالأرش . واستشكل بأن الوصف إنما يقابله شيء من الثمن إذا لم يصير مقصودا بالتناول . أما إذا صار فله حظ من الثمن كما لو اشترى عبدا ففقت عينه ثم باعه مراحجة فإنه يحط من الثمن ما يخص العين . ولو اعورّت في يده بأفة سماوية لا يحط بل يراجع على كل الثمن ، وكذا في الشفعة إذا كان فوات وصف المشفوع فيه بفعل قصدي قوبل ببعض الثمن ، كما لو استهلك شخص بعض بناء الدار المشفوعة فإنه يسقط عن الشفعين حصته ، ولو فوات بأفة سماوية كأن جف شجر البستان ونحوه لا يقابله شيء من الثمن . وبهذا أورد على إطلاق قوله بخلاف الشفعة لأن ذلك في القصدي ، أما في غيره فالشفعة والمسئلة التي نحن فيها سواء . وأجيب بأن الوصف إنما يقابله بعض الثمن عند صيرورته مقصودا بالتناول في الملك الفاسد ، وموضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسألة المراحجة لأنها مبنية على الأمانة دون الحيانة ، وللشبهة حكم الحقيقة فيها والملك في الشفعة للمشتري كالفاسد من حيث وجوب تحويله إليه . أما في الشراء الصحيح الذي لا يشبه الفاسد فالثمن يقابل العين لا غير . وقوله لأن الأوصاف تضمن فيه : أي في البيع الفاسد لأنه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب ، فالأصل في تقوم الصفات هو الغصب وإنما لم يزمه ذلك مراعاة لحق المالك ومبالغة في دفع الظلم والبيع الفاسد دونه في ذلك لتحقيق التراضي فيه من الجانبين ، غير أن الشرع أهدر تراضيهما في حق الحل وطلب رد كل منهما بدله إلى الآخر . وفي الكافي :

إذا لم يصير بالتناول مقصودا ؛ ألا ترى أنه لو اشترى عبدا ففقت عينه وأخذ الأرش ثم قصد بيعه مراحجة فإنه يحط من الثمن ما يخص العين لأنها صارت مقصودة بالتناول ، بخلاف ما إذا اعورّت . وأجاب بعضهم بأنه إنما يحط في المراحجة للشبهة لأنه صار كأنه اشترى شيئين بألف ثم باع أحدهما بذلك الثمن فإنه لا يجوز بيع الآخر مراحجة لما أن الشبهة ملحقه بالحقيقة في باب المراحجة تحرزا عن شبهة الحيانة ، ولا كذلك هاهنا لأنه لا اعتبار للشبهة فيه ، بخلاف الشفعة فإن الأوصاف يقابلها شيء من الثمن فيها ، حتى لو استهلك المشتري شيئا من الدار سقط حصته من الثمن لأن المشتري في الذي وجبت الشفعة فيه بمنزلة شراء المشتري شراء فاسدا من حيث أن كل واحد منهما واجب الرد ، والأوصاف تضمن في المشتري شراء فاسدا كما في الغصب ، فإن من غصب جارية فذهبت لإحدى عينيهما ضمن نصف قيمتها . فإن قيل : شراء التاجر هاهنا بمنزلة المشتري شراء فاسدا في المعنى المذكور وهو وجوب الرد . أجيب بأن إلحاق مسألة الشفعة بالمشتري شراء فاسدا من حيث وجوب الرد إلى الشفعين ، ومن حيث وجوب عرض البائع الدار على الجار أو لا ، ثم البيع إن رغب عنه الجار فإذا لم يفعل ذلك صار ذلك مكروها فصار كتمكين الفساد في العقد ، ولا كذلك بيع الكافر من التاجر فإنه لا يجب عليه العرض على المالك . قيل في مسألة الشفعة أيضا إذا كان هلاك بعض المشتري بأفة سماوية لا يقابل الأوصاف شيء من الثمن فلم تكن مخالفة لمسئلة التاجر . وأجيب بأنها مخالفة في صورة العمد ، فإن التاجر إذا فقأ عين الجارية لا يلزمه حط شيء من الثمن ، بخلاف ما إذا استهلك

(قوله أجيب بأن إلحاق مسألة الشفعة الخ) أقول : وحقيقة الفرق أن وجوب الرد في الشفعة يسرى إلى أول البيع ، بخلاف شراء التاجر فإن وجوب الرد يتمر عند طلبه (قوله فلم تكن مخالفة الخ) أقول : فلا يصح قوله بخلاف الشفعة .

(وإن أسروا عبدا فاشتره رجل بألف درهم فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتره رجل آخر بألف درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن لأن الأسر ماورد على ملكه (وللمشتري الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن) لأن الأسر ورد على ملكه (ثم يأخذه المالك القديم بألفين إن شاء) لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما ، وكذا إذا كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للأول أن يأخذه اعتبارا بحال حضرته (ولا يملك علينا أهل

ولأن الأخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشتري من العدو ثبت ، بخلاف القياس نصا وهو قوله إن شاء أخذه بالثمن وهو اسم للكل فلا يحط عنه . هذا ولو أنه فتي عينا عند الغازي المقسوم له فأخذ قيمته وسلمه للفاقي فللمالك الأول أخذه من الفاقى بقيمته أعمى عند أبي حنيفة ، وقالا : بقيمته سليما وهي التي أعطاه الفاقى للمولى . لهما أنه فوت وصف فلا يسقط به شيء من ثمنه . وله أنه طرف وهو مقصود فهو كفوات بعض الأصل فيسقط حصته من القيمة كالولد مع الأم ، وهذا ينتقض بمسئلة الهداية ، بل الوجه وهو الفرق أن فوت الطرف هنا بفعل الذي ملكه باختياره فكان بمنزلة ما لو اشتراه سائيا ثم قطع طرفه باختياره فكان راضيا بتفنيصه ، بخلاف مسألة الكتاب لأن الفاقى غيره بغير رضاه .

[فرع] أسروا جارية وأحرزوها ثم ظهر المسلمون عليهم ف وقعت في سهم غانم فباعها بألف فولدت في يد المشتري وماتت ، فأراد المالك القديم أخذ الولد ؛ فعند أبي يوسف له ذلك بألف ، وعند محمد بحصته من الألف ، وذلك بأن يقسم الألف على قيمة الأم يوم القبض وقيمة الولد يوم الأخذ ، فما أصاب كلا فهو حصته (قوله وإن أسروا) أى الكفار (عبدا) لمسلم (فاشتره رجل) منهم (بألف درهم فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتره رجل آخر بألف فليس للمولى الأول) وهو المأسور منه أولا (أن يأخذه من الثاني) وكذا لو كان الثاني غائبا كما سيذكر (لأن الأسر ماورد على ملكه) بل على الثاني ، وإنما يثبت حق أخذه للمشتري الأول حتى لو أبى أن يأخذه لم يلزم المشتري الثاني إعطاؤه للمولى الأول ، ولو كان المشتري الأول وهبه له أخذه مولاه من الموهوب له بقيمته ، كما لو وهبه الكافر لمسلم ، ثم إذا أخذه المشتري الأول من المشتري الثاني بألف فأراد المولى أن يأخذه من المشتري الأول أخذه بألفين لأنه قام عليه بذلك ، وهو وإن تضرر بذلك ففي مقابلة العبد الذى غرضه فيه ، بخلاف ما لو أخذه بألف فإنه يفوت الألف الأخرى على المشتري الأول بلا عوض أصلا .

[فرع] لو باع المشتري من العدو العبد من غيره أخذه المالك القديم من الثاني بالثمن الذى اشتراه به ؛ إن مثليا فبمثله ، أو قيميا بأن كان اشتراه مقايضة بقيمته ، لأن المشتري الثانى قائم مقام المشتري الأول ، وليس للقديم أن ينقض العقد الثانى ليأخذه من المشتري الأول بالثمن الأول إلا في رواية ابن سبابة عن محمد ، وظاهر الرواية الأول والوجه في المبسوط . وفيه أن الكفار لو أسلموا قبل أن يبيعه لم يكن للقديم أن يأخذه (قوله ولا يملك علينا أهل

المشتري بعض الأشجار في الشفعة فإنه يحط حصته من الثمن . وقوله (وإن أسروا عبدا) صورته ظاهرة . واعترض على قوله وللمشتري الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن بأنا لو أثبتنا حق الأخذ للمولى المشتري من العدو أولا تضرر المالك لأنه حينئذ يأخذه بالثمنين . وأجيب بأن رعاية حق من اشتراه من العدو أولا أولى ، لأن حقه يعود في الألف التي تقدمها بلا عوض يقابلها ، والمالك القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو العبد ، فكان قلناه أولى

(قوله لأن حقه يعود في الألف الخ) أقول : ينشئ لو لم يثبت له حق الأخذ من المشتري الثانى .

الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتيينا وأحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك) لأن السبب إنما يفيد الملك في محله ، والمحل المال المباح ، والحرّ معصوم بنفسه ، وكذا من سواه لأنه تثبت الحرية فيه من وجه ، بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنائيتهم وجعلهم أرقاء ولا جنائية من هؤلاء (وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة ، وقالوا يملكونه) لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ، ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام لم يملكوه . وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لأن سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكيننا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه

الحرب بالغلبة (الكائنة بالإحراز بدارهم) مدبرينا ولا أمهات أولادنا ولا مكاتيينا ولا أحرارنا ، ونملك نحن عليهم جميع ذلك لأن السبب) وهو الاستيلاء التام (إنما يفيد الحكم) وهو الملك لما يرد عليه (في محله ، ومحاه المال المباح والحرّ المسلم معصوم بنفسه ، وكلنا من سواه) ممن ذكرنا من مدبرينا ومن بعدهم (لأنه تثبت الحرية فيهم من وجه) مع الإسلام (بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنائيتهم) بالكفر (ولا جنائية من هؤلاء) ويتفرع على عدم ملكهم هؤلاء أنهم لو أسروا أم ولد لمسلم أو مكاتباً أو مدبراً ثم ظهر على دارهم أخذه ماله بعد القسمة بغير شيء ويعوض الإمام من وقع في قسمه من بيت المال قيمته ، ولو اشترى تاجر ذلك منهم أخذه منه بغير ثمن ولا عوض (قوله وإذا أبق عبد لمسلم) أو ذمي وهو مسلم (ودخل إليهم) دار الحرب (فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة ، وقالوا يملكونه) وبه قال مالك وأحمد لتحقق الاستيلاء على مال قابل للتملك محرز بدار الحرب وبه يتم الملك لهم ، وهذا (لسقوط عصمته لأنها لحق المالك وقد زالت) وصار كما لو نددت إليهم دابة : أي شردت من باب ضرب إلا أن مصدره جاء ندوداً كما جاء على هذا القياسي ، وكما لو أخذوا العبد الآبى أو غير الآبى من دارنا إذا أحرزوه حيث يملكونه فكذلك هذا (ولأبي حنيفة رحمه الله أن العبد ظهرت يده على نفسه) وهذا لأنه أدبى مكاتب فله يد على نفسه ، ولهذا لو اشترى نفسه لغيره من مولاه لم يكن لمولاه حبسه بالثمن لأنه صار مقبوضاً بمجرد عقده ، وإنما سقط اعتبار يده (لتحقق يد المولى عليه تمكيننا للمولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى) بمجرد دخوله دار الحرب (فظهرت يد العبد على نفسه) سابقة على يد أهل الحرب لأن أخذهم

وقوله (وكلنا من سواه) أي من سوى الحر . وقوله (بخلاف رقابهم) أي رقاب أحرار الكفار ومدبريهم وأمهات أولادهم . وقوله (ولا جنائية من هؤلاء) أي من مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتيينا وأحرارنا فلا يملكهم الكفار وإن استولوا عليهم ، وإذا لم يملكهم الكفار لم يملكهم الغزاة أيضاً ، حتى لو كان أخذهم أهل دار الحرب من دار الإسلام ثم ظهر عليهم فهم للمالك قبل القسمة وبعدها بغير شيء . قال (وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم) إذا أبق عبد لمسلم قالوا : قيد لمسلم اتفاق لأن عبد الذمي كذلك (فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وقالوا : يملكونه لأن العصمة لحق المالك) وهو ظاهر . وقوله (لأن سقوط اعتباره) أي اعتبار يد العبد (لتحقق يد المولى عليه تمكيننا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه) لأنه حين دخل دار الحرب فقد زالت يد المولى عنه لا إلى من يخلفه ، لأن يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء ، ولم يبق ذلك لا محالة فيصير في يد نفسه وهي يد محترمة تمنع الإحراز فتصنع الملك لأنه لا ملك بدون الإحراز . فإن قيل : لأننا لم نأخذها

(قوله فإن قيل : لا نسلم إلى قوله وأجيب بأن بين الدارين حداً الخ) أقول : السؤال والجواب في شرح الإقناع .

وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك . بخلاف المتردد لأن يد المولى باقية عليه لقيام يد أهل الدار فنزع ظهور يده . وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان أو مشترى أو مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم

إياه لا بد أن يترأخى لحظة عن دخوله ، وإذا سبقت يده يدهم (صار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك ، بخلاف الآبق المتردد) في دارنا إذا أخذوه (لأن يد المولى قائمة عليه) مادام في دار الإسلام حكما (لقيام يد أهل الدار) فيمكنه الاستعانة على وجوده فلاقتدار باق (فنزع ظهور يده) على نفسه ، ولا كذلك المأذون في الدخول لأن دخوله بإذنه وهو على عزم العود إليه ، وبخلاف الدابة التي نددت فإنه لا يد لها على نفسها ، والضمير في قول المصنف لأن سقوط اعتباره لنيد ، وكان الواجب أن يقول اعتبارها لأن اليد مؤنثة وقد يعاد على الظهور أى سقوط اعتبار ظهوره (وإذا لم يثبت لهم ملك فيه يأخذه المالك القديم بغير شيء سواء كان موهوبا) منهم للذي أخرجه إلى دار الإسلام (أو مشترى) منهم (أو مغنوما قبل القسمة وبعدها) إلا أنه إذا أخذه بعد القسمة (يؤدي) الإمام (عوضه من بيت المال) للمأخوذ منه (لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم) وتفرق المال في أيديهم وأيدي غيرهم بتصرفهم وفيه مالا يخفى من الحرج ، وبيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم ، ولأنه لو فضل من الغنيمة شيء يتعذر قسمته كلؤلؤة توضع في بيت المال ، فإذا لحق غرامة كان فيه ، ولا يعطى المشتري شيئا إذا كان اشتراه بغير إذن المولى . فإن اشتراه بإذنه رجع عليه بما اشتراه به . وعندهما يأخذه بالثمن في المشتري وبالقائمة في الموهوب كما في المأسور غير الآبق . وإنما قيدنا أول المسئلة بكون العبد مسلما لأنه لو ارتد فأنقذ إليهم فأخذوه ملكوه اتفاقا ، ولو كان كافرا من الأصل فهو ذمى تبع لمولاه ، وفي العبد

لا إلى من يخافه فإن يد الكفرة قد خافت يد المولى لأن دار الحرب في أيديهم . أجيب بأن بين الدارين حدا لا يكون في يد أحد ، وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ، ولأن يد الدار يد حكيمة ويد العبد يد حقيقية فلا تندفع بيد الدار ، إليه أشار فخر الإسلام ، وفيه نظر لأن حصول اليد الحقيقية للعبد في حيز النزاع . والجواب أن اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء ، وعند دخول العبد في دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة عليه . فإن قيل : لو حصل له يد حقيقية لعنق وليس كذلك . أجيب بمنع الملازمة لأن ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال ملك المولى ، فإنه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصبا ملك المولى ، وجاز أن توجد اليد بلا ملك كما في المنصوب والمشتري قبل القبض فإن الملك للمولى واليد لغيره . وقوله (بخلاف المتردد) يعني في دار الإسلام لأن يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد أهل الدار فنزع ظهور يده ، ولهذا لو وهبه لابنه الصغير كان قابضا له : فبقاء اليد حكما يمنع ثبوت اليد له ، فإن استولى عليه المشركون ملكوه (وإذا لم يثبت المالك لهم عند أبي حنيفة رضي الله عنه يأخذه المالك القديم بغير شيء إذا كان موهوبا أو مشترى) أما إذا كان موهوبا فظاهر لأنه أخذه بغير عوض فلا يتضرر بالأخذ منه ، وأما المشتري فلأن المشتري قد تملكه بغير أمره فكان متبرعا ، حتى لو أمره بذلك رجع عليه المشتري بالثمن ، وإن كان مغنوما فكذلك إذا كان قبل القسمة ، وأما إذا كان بعدها فيؤدي عوضه من بيت المال لأن نصيبه قد استحق فله أن يرجع على شركائه في الغنيمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر اجتماعهم فيعوض

وليس له على المالك جعل الآبق لأنه عامل لنفسه إذ في زعمه أنه ملكه (وإن ندّ بعير إليهم فأخذوه ملكوه)
لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من درنا ، بخلاف العبد على ما ذكرنا (وإن اشتراه رجل
وأدخله دار الإسلام فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء) لما بينا (فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ
المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله ، وأخرجه إلى دار الإسلام فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس
والمتاع بالثمن ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : يأخذ العبد وما معه بالثمن إن شاء) اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة
الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد (وإذا دخل الحربى دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق
عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا يعتق) لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر
عليه فبقى في يده عبدا .

الذى إذا أبق قولان ذكره في طريقه مجد الأئمة (قوله وليس له) أى الغازى أو التاجر (جعل الآبق) لأن استحقاته
إذا أخذه ليرده فيكون عاملا له وهاهنا إنما هو عامل لنفسه (قوله وإن ندّ بعير إليهم فأخذوه ملكوه) وجهه ظاهر :
فيتفرع على ملكهم إياه أنه (أو اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام فإنما يأخذه مالكا منه بالثمن إن شاء) (قوله فإن
أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله فاشترى رجل منهم ذلك كله فإن المولى يأخذ
العبد بغير شيء والمتاع والفرس بالثمن عند أبي حنيفة ، وعندهما يأخذ العبد أيضا بالثمن إن شاء) وهذه متفرعة على
ملكهم العبد الآبق إليهم عندهما دونه . وأورد عليه أنه ينبغي أن يأخذ الكل بلا شيء لأن العبد لما ظهرت يده على
نفسه ظهرت على مافى يده لأنه مال مباح فتمنع ظهور يد الكفار عليه كما منعت ظهور يدهم عليه نفسه لسبقها .
أجيب بأن غايته أنه صار له يد بلا ملك لأن الرق ينفيه فيبقى في يده كما لو كان مملوكا للغائب فيملكه الكفار
بالاستيلاء ، وفيه نظر لأن القرض أن سبق اليد يمنع استيلاءهم عنده ، فإنها يملكون المال بإباحته ، وإنما يصير
مباحا إذا لم يكن عليه يد لأحد وإلا ملكوا العبد ، والقرض أن هذا المال عليه يد فتدفع الاستيلاء الموجب لإخراجه
عن ملك من له فيه ملك قائم . وأجيب أيضا بأن يده ظهرت على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه
دون وجه ، فاعتبرناها في حق نفسه دون المال . ودفع بأن استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغى
أن يمنع استيلاء الكفار (قوله وإذا دخل الحربى دارنا بأمان فاشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند
أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : لا يعتق لأن الإزالة كانت متعينة) حال كونه في دار الإسلام (بطريق معين وهو
البيع) فإنه إذا اشترى الكافر عبدا مسلما يجبر على إخراجه عن ملكه بالبيع ، فإن فعل وإلا باعه القاضى عليه ودفع
ثمنه إليه (وقد تعذر الجبر عليه فبقى عبدا في يده) ولأن الإحراز بدار الحرب سبب لثبوت ملكهم فيها لم يكن ملكا

من بيت المال لأن هذه من نوائب المسلمين ومالك بيت المال معد لذلك . وقوله (وليس له) أى للغازى أو للتاجر
(جعل الآبق لأنه عامل لنفسه إذ في زعمه أنه ملكه) والجعل إنما يجب إذا أخذه الآخذ على قصد الرد إلى مالكة .
قوله (وإن ندّ بعير إليهم بغير) ظاهر ، وكذلك قوله (فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع) . واعتراض بأن على
قول أبي حنيفة ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضا بغير شيء ، لأنه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال
أيضا لا تقطاع يد المولى عن المال لأنه في دار الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم .
وأجيب بأن يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة
في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال (قوله وإذا دخل الحربى دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما) أو ذميا أو أسلم

ولأني حنيفة أن تخلص المسلم عن ذل الكافر واجب ، فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الإعتاق تخلصا له ، كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفریق

لهم ، فإنهم إذا أخذوا عبدا مسلما من دار الإسلام ملكوه فاستحال أن يزول ملكه الثابت له قبل الإحراز حالة الإحراز (ولأني حنيفة أن الجبر على البيع في دار الإسلام ما كان إلا لوجوب تخلص المسلم عن إذلال الكافر) فهو الواجب بالذات إجماعا ، ووجوب الجبر على البيع ليتوصل إليه ، غير أنه تعين إخراجهم بعوض بيعا طريقا حال قيام أمانه نحرزا عن الغدر بأخذ ماله ، ولولاه لأعتقناه عليه ، فإذا زال أمانه وسقطت عصمة ماله بوجوده في دار الحرب يجب التخليص بالإعتاق عليه ، غير أن إعتاق القاضي قد تعذر بحلوله في دار الحرب ، إذ لا ينفذ قضاؤه على من هناك فأقيم شرط زوال عصمة ماله وهو دخوله في دار الحرب مقام علة عتقه وهو إعتاق القاضي (كما أقيم مضي ثلاث حيض في دار الحرب مقام تفریق القاضي) بعد عرض الإسلام على الآخر وإبائه فيها إذا أسلمت المرأة في دار الحرب ، بخلاف ما إذا لم يملكه في دار الإسلام لأن للمولى حق استرداده ، فإذا أعتقناه

أحد من كان معه من العبيد أجبر على بيعه من المسلمين كالذمي يسلم عبده . فإن قيل : الذي ملزم أحكام الإسلام فجاز إجباره على بيع عبده الذي أسلم والحربي ليس كذلك . أنجب بأن الأمان ينافي بإبقائهم في ماله لأن فيه استدلالا للمسلم وإعطاء الأمان على ترك ذلك فكان بالأمان ملزما ترك إذلال المسلمين فيلزمه . ووجهها ظاهر . ووجه أي حنيفة (أن تخلص المسلم عن ذل الكافر واجب) على الإمام ، فإن كان في دار الإسلام فبالجبر على البيع للمسلمين دون الإعتاق لأن مال المستأمن معصوم مادام في دار الإسلام بمقتضى الأمان ، فإذا أدخله في دار الحرب زالت عصمة ماله ، فلو كان للإمام ولاية عليه وجب عليه إجباره على العتق لإزالة عصمة ماله ، فإذا لم يكن له ولاية يقيم شرط زوال عصمة المال وهو تباين الدارين مقام علة الإزالة وهي الإعتاق لأن الشرط قد يقام مقام العلة إذا لم يمكن إضافة الحكم إليها كحفر البئر على قارعة الطريق . فإن قيل : إقامة الشرط هاهنا مقام العلة يستلزم جعل المثلث للشيء مزيلا له وهو باطل ، وذلك لأنهم إذا استولوا على عبد مسلم بالإحراز بدارهم ملكوه ، فكان تباين الدارين علة لثبوت الملك فيه وهاهنا جعلتموه مزيلا له ، وفيه أيضا نقض لقاعدة مطردة وهي أن البقاء أسهل من الابتداء فإن هذا يفيد ابتداء الملك دون بقاءه . فالجواب أن تباين الدارين مثبت للملك إذا لم يكن ثابتا ، والملك فيما نحن فيه ثابت بالشراء دون التباين فجعل مزيلا في محل خاص تخليصا للمسلم عن ذل الكافر . على أن ما جعلناه مزيلا وإنما جعلناه قائما مقام المزيل لغرض صحيح فلم يكن الشيء الواحد مزيلا غير مزيل وهو الممتنع ، وبقاء الشيء أسهل من الابتداء إذا لم يعثر البقاء ما يزيل سهولته وهاهنا بقاء المسلم في يد الكافر صعب يزيل سهولته . وقوله (كما يقام مضي ثلاث حيض) تمثيل للمسئلة في قيام الشرط مقام العلة ، فإن انقضاء ثلاث حيض شرط البينونة في الطلاق الرجعي أقيم مقام علة البينونة وهي عرض القاضي الإسلام وتفريقه بعد

(قوله كالذمي يسلم عبده الخ) أقول : فإنه يجبر على بيعه (قوله وجب عليه إجباره على العتق) أقول : تخلصا للمسلم (قوله لإزالة عصمة ماله) أقول : الظاهر أن يقول لزوال (قوله مقام علة الإزالة) أقول : في النهاية مقام علة الزوال (قوله وهي الإعتاق لأن الشرط قد يقام الخ) أقول : فيه بحث ، ثم أقول قال العلامة الكاكي وفي الميسوط : فإن قيل بارتفاع الأمان زال صفة الخطر لأصل الملك ، كن أباح لغیره شيئا لا يزول أصل ملكه به فلكه المباح في دار الحرب لإبقائه ما كان من الملك له لا إثبات ملك له فيه ابتداء . قلنا : ما كان ملكه بعد إسلام العبد في دار الإسلام إلا باعتبار الخطر ، فإنه لو لم يكن مستأنا لكان العبد المسلم قاهرا له وكان حرا ، فإذا زال الخطر بزوال الأمان زال أصل الملك ؛ ألا يرى أنه في دار الحرب لو قتل مولاه وأخذ ماله وخرج إلينا كان حرا وكان ما خرج به من المال له اه . ففى كلام الكاكي بحث (قوله وإنما جعلناه قائما مقام المزيل الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا أقيم مقام المزيل تكون الإزالة مستتلا إليه .

فما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب (وإذا أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر على الدار فهو حر ، وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار) لما روى « أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقتلهم وقاتلهم وقال : هم عتقاء الله » ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مرانما لمولاه أو بالالتحاق بمنعة المسلمين ، إذا ظهر على الدار واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين لأنها أسبق ثبوتا على نفسه ،

على الحربي حين أحرزه أبطلنا حق استرداد المسلم إياه إلى رقه جبرا فكان ذلك مانعا للمقتضى عن عمله . وقول المصنف (فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب) ليس بجيد لأنه لو أسلم الزوج لا يفرق ، وعلى هذا الخلاف إذا أسلم عبد الحربي ولم يهرب إلى دار الإسلام حتى اشتراه مسلم أو ذمى أو حربي في دار الحرب يعتق عنده خلافا لهما لأن العتق في دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص وقد غلب إزالته قهره إلى المشتري فصار كما لو كان في يده . وله أن قهره زال حقيقة بالبيع وكان إسلامه يوجب إزالة قهره عنه إلا أنه تعذر الخطاب بالإزالة فأقيم ماله أثر في زوال الملك مقام الإزالة وهو البيع (قوله وإذا أسلم عبد الحربي ثم خرج إلينا أو) أسلم ولم يخرج حتى (ظهر على الدار فهو حر ، وكذا إذا خرج عبيد إلى عسكر المسلمين) مسلمين ، ولا يعلم فيه خلاف بين أهل العلم (لما روى) أبو داود مسندا إلى علي قال : « خرج عبدان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب مواليتهم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا : يا محمد ما خرجوا رغبة في دينك ، وإنما خرجوا هربا من الرق ، فقال ناس : صدقوا يا رسول الله ردّهم عليهم ، فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفيه فقال : هم عتقاء الله » وفيه أحاديث قدمناها ، ومنها إسلام عبيد الطائف ، ومنهم أبو بكر والمنيعت تقدم في كتاب العتق فليرجع إليها فهذا دليل عتقهم إذا خرجوا مسلمين . وأما عتقهم إذا ظهرنا على الدار بعد إسلامهم فلا لأنه لما التحق بمنعة المسلمين صار كأنه خرج إليهم في أنه امتنع بهم . وقوله (واعتبار يده الخ) جواب عن مقدر هو أنه لم يعتق بمجرد إسلامه في دار الحرب اتفاقا ، وإنما الخلاف فيما إذا عرض له لبيع فباعه ، فقد وردت يد الغائبين على مال مباح لأن الإسلام لا ينافي استرقاقهم . أجاب بأن للعبد يدا على نفسه على ماتقدم ، وإنما لم تظهر لحق المولى ليتمكن من الانتفاع ، ثم هي أسبق من يد المسلمين ، أما في المولى الكافر فيستحق الحكم بعتقه تخليصا للمسلم من إذلال الكافر لأن مجرد أصل اليد لا يكفي ما لم يتأكد إذ لا قدرة بدونه فكانت منعة الغائبين هي المؤكدة لها فيعتق . هذا ولو أسلم العبد ولم يخرج إلينا ولم يظهر على الدار فهو رقيق إلى أن يشتره مسلم أو ذمى فيعتق . قال في شرح الطحاوي بعد قوله ولا يثبت ولاء : أي لا يثبت ولاء العبد الخارج إلينا مسلما لأحد ، لأن هذا عتق حكيم ، وإن لم يخرج إلينا ولم يظهر على الدار لم يعتق إلا إذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر فحينئذ يعتق العبد قبل المشتري البيع أو لم يقبل ، لأن العبد استحق حق الاعتاق بالإسلام لكننا نحتاج إلى سبب آخر ليزول به ملكه عنه ، ولما عرضه فقد رضى بزوال ملكه ، وقيد المراجعة بخبر به عما لو خرج بإذن مولاه أو بأمره لحاجته ، فإنه إذا

الإبراء لعجز القاضي عن حقيقة العلة فيما إذا أسلم أحد الزوجين بدار الحرب (قوله وإذا أسلم عبد لحربي) ظاهر . وقوله لما روى أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حاصر الطائف قال : أيما عبد خرج إلينا فهو حر فخرج ستة أعبد أو سبعة منها ، فلما فتحت جاء مواليتهم وتكلموا فيهم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : هم عتقاء الله . » وقوله (ولأنه أحرز) متصل بقوله ثم خرج إلينا . وقوله (أبو) بالالتحاق متصل بقوله أو ظهر على الدار . وقيل بقوله مرانما : أي مغاضبا ومتابذا لأنه إذا خرج طائعا لمولاه يباع

فالحاجة في حقه إلى زيادة تأكيد وفي حقهم إلى إثبات اليد ابتداءً فلهذا كان أولى ، والله أعلم .

نخرج كذلك فأسلم في دارنا حكمه أن يبيعه الإمام ويحفظ ثمنه لمولاه الحربى ، لأنه لما دخل بأمان صارت رقبته داخلة فيه ، كما لو دخل سيده به وبما معه من المال .

[فروع] ولو جنى عبد جنائياً خطأ أو أفسد متاعاً فلزمه دينه ثم أسره العدو ثم أسلموا عليه فهو لهم لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلم على مال فهو له » ثم تبطل الجنائية دون الدين لأن حق ولى الجنائية فى الرقبة ولا تبقى بعد زوال ملك المولى ، حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة لا يبقى فيه حق ولى الجنائية ؛ وأما الدين فى ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل ببيعه . ولو اشتراه رجل أو أصابه المسلمون فى الغنيمة فأخذوه المولى فكل من الجنائية والدين عليه لأنه يعيده إلى قديم ملكه وحق ولى الجنائية كان ثابتاً فى قديم ملكه . ولو كانت الجنائية قتل عمد لم تبطل عنه بحال لأن المستحق به نفسه فلا تبطل بزوال ملك المولى ، كما لو أعتقه أو باعه بعد لزوم القصاص . ولو وقع العبد المأسور فى سهم رجل أو اشتراه فأعتقه قبل أن يحضر المولى نفذ ، ولا سبيل عليه للمولى القديم لأنه لم يبق قابلاً للنقل من ملك إلى ملك ، ولأن ولاءه لزم للمعتق على وجه لا سبيل إلى إبطاله . ولو كانت أمة فتزوجها وولدت من الزوج بلا عتق للتقديم أن يأخذها وولدها لأنها بالولادة من الزوج لم تخرج عن كونها قابلة للنقل والولد جزء من عينا فيثبت له حق الأخذ ، بخلاف حق الواهب فى الرجوع لا يثبت فى الولد لأنه حق ضعيف فى العين ؛ ألا ترى أنه لا يبقى بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لا يعدو محله ، والولد وإن كان جزءاً فى المال هو محل آخر ، بخلاف حق المولى فإنه قوى لا يبطل ببيعه أو هبته فيسرى إلى الولد . وليس له فسخ النكاح لأنه يتمكن من الأخذ بلا فسخ والنكاح ألزم من سائر التصرفات فلا يتمكن من نقضه ، ولا سبيل للمولى على ما أخذ من عقرها وأرث جنائياً عليها ، ولو لم يزوجها المشتري فله وطؤها قبل أن يأخذها المولى وثبوت حق أخذه لا يمنع وطء المالك . ولو أسروا جارية مرهونة بألف وهى قيمتها واشتراها رجل أخذها مولاهم الراهن بها ولم تبقى رهناً لأنها تاوية فى حق المرتن فهو كالمجدد للملكها فلا يأخذها المرتن إلا أن يرد على الراهن الألف ، وإن كان الثمن أقل من الألف كان للمرتن أن يؤدى ذلك الثمن فتكون رهناً عنده لأنه مفيد . ولو أسلم على ما أخذه من مال المسلمين لا سبيل عليه للمالك القديم ، وكذا إذا صار ذمياً ، وكذا إذا باعه من حربى آخر ؛ ولو خرج إلينا بأمان ومعه ذلك المال لا سبيل عليه ، إلا أنه إذا كان عبداً يجبر على بيعه من المسلمين لأنه عبد مسلم ولا يمكن الحربى من إعادته إلى دار الحرب وإذلاله . ولو أسروا جارية ودبعة عند رجل أو عارية أو إجارة فحق الأخذ إذا أخرجت بشراء أو غنيمة للمالكها لأن ثبوت حق الاسترداد للمالك لا للبد ، بخلاف الغاصب من المودع ومن ذكرنا لكل من هؤلاء الاسترداد منه لأن كلا منهم قائم مقام المالك فى حفظه ولم يزل ملك المالك بالغصب ، بخلاف الإحراز بدار الحرب . ولو كانت متزوجة لا يبطل النكاح لأن غاية إحرازها توجب أن يملكوها ، ونقل الملك لا يبطل النكاح كالبيع ، والتباين القاطع له ما هو تباين حقيقة وحكما ، والمسلمة فى دار الإسلام حكما وإن كانت فى دار الحرب حتمية .

فيه وثمنه للحربى لأنه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربى الذى دخل به مستأثماً إلى دارنا ، والله أعلم بالصواب .

(باب المستأمن)

(وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ولا من دماءهم) لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان ، فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام ، إلا إذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لأنهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الأسير لأنه غير مستأمن فيباح له التعرض وإن أطلقوه طوعا (فإن غدر بهم) أعنى التاجر (فأخذ شيئا وخرج به

(باب المستأمن)

آخره عن الاستيلاء لأن الاستيلاء بالقهر يكون والاستئمان بعد القهر فأورده كذلك ، وتقديم استئمان المسلم على الكافر ظاهر (قوله وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ودمائهم ، لأنه) بالاستئمان (ضمن) لهم (أن لا يتعرض لهم) فإخلافه غدر (والغدر حرام) بالإجماع . وفي سنن أبي داود عنه عليه الصلاة والسلام « إن الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذه غدرة فلان » وتقدم قوله عليه الصلاة والسلام لأمراء الجيوش والسرايا « لا تغلوا ولا تغدروا » في وصيته لهم ؛ ولهذا قلنا فيما لو اقتتلت طائفتان من أهل الحرب في دارنا وبيننا وبين كل منهم موادة ليس لنا أن نشترى من الطائفة الغالبة شيئا من الأموال التي غنموها لأنهم لم يملكوها لعدم الإحراز بدار الحرب فكان شراؤنا غدرا ، بخلاف ما لو اقتتلوا في دار الحرب فإنه يحل لنا الشراء ، والشرط الإحراز بدار الحرب لا بدارهم بخصوصها ، ولو كانوا يقتتلوا في دار الحرب فأقول : يشترط أن يحرزها الغالبون بدارهم إن كانوا لا يدينون أن من قهر آخر في نفسه أو ماله ملكه ، وإن كانوا يدينون فلا ؛ فإنهم قالوا : لو دخل مسلم دار الحرب بأمان فجاء رجل بأمه أو ابنه أو أم ولده ونحو ذلك لبيعه منه فأكثر المشايخ على منعه . وقال الكرخي : إن كانوا يدينون ذلك جاز شراؤه منهم ، والعامة يقولون : إن كانوا يدينون أن من قهر آخر ملكه فهو إذا ملك هؤلاء يعتقدون عليه فيصرون أحرارا فيمتنع بيعهم ، ولو جاء ببعض أحرارهم قالوا : إن كانوا يدينون أن من قهر شخصا ملكه جاز شراؤه منه وإلا لا ، مع أن هذا ليس فيه إحراز بدار أخرى غير دار المقيهور . وقوله (إلا إذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم الخ) استثناء من قوله لا يحل أن يتعرض لشيء من أموالهم ودمائهم ، وكذا قوله بخلاف الأسير المسلم أيضا (لأنه غير مستأمن) وقد صرح به حيث قال (فيباح له التعرض وإن أطلقوه) وتركوه في داره (طوعا) أو أعتقوه لأنه لم يستأمن ، وعقهم لا عبرة به لأنهم لم يملكوه فله أن يقتل من قدر عليه سيده أو غيره ويأخذ ماله ويملكه ملكا لا خبث فيه (فإن غدر بهم) التاجر (فأخذ شيئا وأخرجه إلى دار الإسلام

(باب المستأمن)

لما فرغ من بيان الاستيلاء الذي هو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع في بيان الاستئمان ، لأن طالب الأمان إنما يكون حيث يكون فيه قهر وغلبة ، وقدم استئمان المسلم تعظيما له وكلامه واضح (قوله والغدر حرام) دليله قوله صلى الله عليه وسلم لأصحاب السرايا « ولا تغدروا » . وقوله (بخلاف الأسير) يعني أن الغدر ليس بحرام عليه ، فإن الأسراء إذا تمكنوا من قتل قوم من أهل الحرب غيلة وأخذ أموالهم وفعلوا ذلك وخرجوا إلى دار الإسلام ولا منعة لهم فكل من أخذ شيئا فهو له خاصة (فيباح لهم التعرض وإن أطلقوهم طوعا) لأنه

(باب المستأمن)

ملكه ملكا محظورا) لورود الاستيلاء على مال مباح، إلا أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثا فيه (فيؤثر بالتصدق به) وهذا لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه (وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربى أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج إلينا واستأمن الحربى لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء) أما الإدانة فلأن القضاء

ملكه ملكا محظورا لعدم ورود الاستيلاء على مال مباح (عند عدم الإحراز إلا أنه بسبب محرم فأورث خبثا فيه فيجب التصديق به كملك المصوب عند الضمان، وإنما يملكه مع حرمة مباشرته بسبب الملك (لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد سبب الملك) كما في البيع الفاسد. وقوله (على ما بيناه) يريد ما تقدم من قوله المحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ، وسبيل ما يملك بطريق محرم التصديق به، حتى لو كان المأخوذ غدرا جارية لا يحل له وطؤها ولا للمشتري منه، بخلاف المشتراة شراء فاسدا فإن حرمة وطئها على المشتري خاصة، وتحل للمشتري منه لأن المتع فيه ثبوت حق البائع في الاسترداد، وبيع المشتري انقطع حقه ذلك لأنه باع بيعا صحيحا فلم يثبت له حق الاسترداد، وهنا الكراهة للغدر والمشتري الثانى كالأول فيه. أما لو سبي قوم أهل الله أو التي هو فيها جازله أن يشتريهم من السابى لأنهم ملكوهم بالإحراز وهم كانوا على أصل الإباحة في حقه، وإنما منعه الغدر وليس ذلك غدرا.

[فرع نفيس من المبسوط] لو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التي فيهم المسلم المستأمن، لا يحل له قتال هؤلاء الكفار إلا إن خاف على نفسه، لأن القتال لما كان تعريضا لنفسه على الهلاك لا يحل إلا لذلك أو لإعلاء كلمة الله، وهو إذا لم يخف على نفسه ليس قتاله هؤلاء إلا لإعلاء للكفر. ولو أغار أهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين فأسروا ذراريهم فروا بهم على أولئك المستأمنين وجب عليهم أن ينقضوا عهودهم ويقاتلوهم إذا كانوا يقدرون عليه لأنهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم في أيديهم تقرير على الظلم، ولم يضمنوا ذلك لهم، بخلاف الأموال لأنهم ملكوها بالإحراز وقد ضمنوا لهم أن لا يتعرضوا لأموالهم، وكذا لو كان المأخوذون ذراري الخوارج لأنهم مسلمون. ومن فروعه: لو تزوج في دار الحرب منهم ثم أخرجها إلى دار الإسلام قهرا ملكها فينفسخ النكاح ويصح بيعه فيها، وإن طأعته فخرجت طوعا معه لا يصح بيعها لأنه لم يملكها. وأعلم أنهم أخذوا في تصويرها ما إذا أضمر في نفسه أنه يخرجها ليبيعها ولا بد منه، فإنه لو أخرجها كرها لا لهذا الغرض بل لاعتقاده أن له أن يذهب بزوجته حيث شاء إذا أوقاها معجل مهرها يفتى أن لا يملكها (قوله وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربى أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه) مالا (ثم خرج) المسلم (إلينا واستأمن الحربى) فخرج أيضا مستأمنا (لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء). أما الإدانة فلأن القضاء

لم يستأمن صريحا حتى يكون غادرا بأخذ أموالهم (قوله ملكه ملكا محظورا) أي خبيثا، حتى لو كانت جارية كره للمشتري أن يطأها لأنه قائم مقام البائع، ووطؤها للبائع كان سكرها فكذا المشتري (قوله وهذا) إشارة إلى قوله ملكه ملكا محظورا: يعنى أن مال أهل الحرب مباح في نفسه والحظر لمعنى في غيره وهو الأمان فلا يمنع انعقاد سبب الملك. وهو الاستيلاء (على ما بيناه) يعنى في أوئل باب استيلاء الكفار بقوله والمحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ (وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربى) أي باع بالدين فإن الإدانة البيع بالدين والاستدانة الاتباع بالدين

(قال المستنف : فأدانه حربى الخ) أقول : وفى المصادر الإدانة ولم دادن أم . وفى النهاية : الإدانة البيع بالدين ، والاستدانة

يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة أصلاً ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك في المستقبل . وأما الغضب فلأنه صار ملكاً للذي غصبه . واستولى عليه لمصادفته مالا غير مضمون على ما بيناه ، وكذلك لو كانا حربيين فعلاً ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا (ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما ولم يقض بالغضب) أما المدانة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي ، والولاية ثابتة حالة القضاء لا لالتزامهما الأحكام بالإسلام . وأما الغضب فلما بينا أنه ملكه ولا خبث

يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة) على واحد منهما (ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم أحكام الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم في المستقبل) ولكن يبقى بأنه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى ، وهذا قاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم ، ولذا قال أبو يوسف يقضى على المسلم ، وعموم عدم القضاء كما في الهداية قول أبي حنيفة ومحمد . واستشكل قولهما بأن المسلم ملتزم أحكام الإسلام مطلقاً وصار كما لو خرجا مسلمين ، وكون أبي حنيفة اعتبر ديانة كل منهما عند القضاء هو أيضاً مما يحتاج إلى موجب . وأجاب في الكافي بأن ذلك للتسوية بين الخصمين ، ولا يخفى ضعفه ، فإن وجوب التسوية بينهما ليس في أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب إبطال حق الآخر بموجب ، بل إنما ذلك في الإقبال والإقامة والإجلاس ونحو ذلك ، والإدانة البيع بالدين ، والاستدانة الابتاع بالدين (وأما) أنه لا يقضى (بالغضب) لكل منهما (فلأنه صار ملكاً للذي غصبه) سواء كان الغاصب كافراً في دار الحرب أو مسلماً مستأماً (على ما بينا) أي في باب استيلاء الكفار من أن الاستيلاء ورد على مال مباح لأن الفرض أن كلا منهما خرج إلى دار الإسلام ، وفي غضب المسلم إذا دخل واحد أو اثنان مغيرين دار الحرب الخ ، إلا أن المسلم المستأمن الغاصب لمال الحربى يؤمر بالرد لاقضاء لرفع محبة الغدر ، وفي كلام المصنف إشارة إليه كما ترى (وكذا لو كانا حربيين فعلاً ذلك) أي أذان أحدهما صاحبه أو غصبه (ثم خرجا) إلينا (مستأمنين لما قلنا ، فإن خرجا مسلمين) وقد أذان أحدهما الآخر أو غصبه (يقضى بالدين بينهما خاصة دون الغضب) أما (القضاء بالمدانة) أي بالدين (فلأنها) حين وقعت (وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لاعترافهما بأحكام الإسلام) ولا ترجيح لأحدهما على الآخر إذ لم يقض لأحدهما دون الآخر بل سوتنا بينهما ، وعلى قول أبي يوسف لا يحتاج إلى هذه العلاوة إذ يقضى للحربى على المسلم على قوله كما ذكرنا آنفاً (وأما الغضب) فإنما لا يقضى به لإتلافه فيما ملكه (ولا خبث

(قوله ولا ولاية وقت الإدانة أصلاً) أى لا على المسلم ولا على الحربى (ولا وقت القضاء على المستأمن) وهو ظاهر . وإذا لم يقض على الحربى لم يقض على المسلم أيضاً تحقيقاً للتسوية بينهما . وقوله (وأما الغضب فلأنه صار ملكاً للذي غصبه) أى سواء كان الغاصب كافراً في دار الحرب أو مسلماً مستأماً فيها لأن مال كل واحد منهما كان مباحاً وقت الغضب في حقه فملكه بالغضب ، إلا أن الغاصب إن كان هو المسلم يقضى برد المغمصوب على المالك ولا يقضى عليه ، لأنه لما دخل دارهم بأمان التزم أن لا يغلب بهم ، وفي أخذ أموالهم على هذا الوجه غدر . وقوله (على ما بينا) يعنى فيما تقدم ، وأما غضب الكافر فقد ذكر في مسألة الاستيلاء بقوله إن الاستيلاء ورد على مال مباح ، وأما غضب المسلم فقد ذكره فيما إذا دخل واحد أو اثنان مغيرين بغير إذن الإمام فأخلوا شيئاً فلأنهم يملكونه . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله من قبل إن القضاء يعتمد الولاية الخ . وقوله (ولو خرجا مسلمين) ظاهر .

- الابتاع بالدين ، وقولهم اذان بالتشديد من باب الافتعال : أى قبل الدين له (قوله وأما غضب الكافر ، إلى قوله : فإنهم يملكونه)

في ملك الحربى حتى يؤمر بالرد (وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه) أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه ، وأما الأمر بالرد ومراده الفتوى به فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد (وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ) أما الكفارة فلا إطلاق الكتاب ، وأما الدية فلأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعراض الدخول بالأمان ، وإنما لا يجب القصاص لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة ، ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين ، ولم يوجد ذلك في دار الحرب ،

في ملك الحربى ليؤمر بالرد) وفيه إشارة إلى ما قدمنا ذكرها (قوله وإذا دخل المسلم فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين النخ) عرف أحكامها مما تقدم . (قوله وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل عمدا الدية في ماله) ولا كفارة عليه (وعلى القاتل خطأ الدية في ماله) أيضا (وعليه الكفارة) هكذا في عامة النسخ من شروح الجامع الصغير بلا ذكر خلاف . وذكر قاضيه خان في الجامع الصغير أن هذا قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : عليه القصاص في العمد كقول الشافعي ومالك وأحمد ، لأنه قتل شخصا معصوما بالإسلام علوانا وظلما وذلك موجب للقصاص ، وكونه في دار الحرب لا أثر له في سقوط ذلك عند الله تعالى . ولأبي حنيفة أنه مكث سوادهم من وجه ، ولو كثرة من كل وجه بأن كان متوطنا هناك لا يكون معصوما ، فإذا كان مكثرا من وجه تمكنت الشبهة في قيام العصمة فلا يجب القصاص . وذكر شمس الأئمة القصاص في العمد عن أبي يوسف من رواية الإماماء ، لأن المسلم حيث كان هو من أهل دار الإسلام لا ينتقض إحرازه نفسه بذلك ، والقصاص حق للولى ينفرد باستيفائه من غير حاجة إلى ولاية الإمام . ووجه الظاهر يندرج فيما سذكر . قال المصنف (أما الكفارة) يعنى في الخطأ (فلا إطلاق الكتاب) يعنى قوله تعالى - ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة - (و) جوب الدية (لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعراض الدخول) إلى دار الحرب (بالأمان ، وإنما لا يجب القصاص) في العمد (لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة ، ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين ، ولم يوجد ذلك في دار الحرب) فلا فائدة في الوجوب . وإذا سقط القصاص وجبت الدية لأنه بسقوطه بعراض مقارن للقتل ينقلب كقتل الرجل ابنه ، ولا يخفى أن المراد أنه ليس على الإمام إقامته إذا طلب الولي تمكينه

وقوله (فغصب حربيا) أى غصب شيئا من حربى وليس هذا منحصرا في خروجهما مسلمين ، بل لو خرج المسلم الغاصب والحربى مستأمنين فالحكم كذلك . وقوله (فعلى القاتل الدية في ماله) يعنى في العمد والخطأ ، هكذا ذكره من غير خلاف في عامة النسخ . وذكر الإمام قاضيه خان أن هذا الحكم قول أبي حنيفة رضى الله عنه ثم قال : وقال أبو يوسف ومحمد : عليه القصاص في العمد لأنه قتل شخصا معصوما ليس من أهل دار الحرب فيجب بقتله ما يجب به في دار الإسلام . ولأبي حنيفة رضى الله عنه أن تكثير سوادهم من كل وجه بتوطئه فيهم كان يسقط العصمة ، فتكثيره من وجه يورث الشبهة فيسقط القصاص . وقوله (أما الكفارة فلا إطلاق الكتاب) يعنى قوله تعالى - فتحرير رقبة مؤمنة - (وأما الدية فلأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعراض الدخول بالأمان) لأنه لما كان على قصد الرجوع كان كأنه في دار الإسلام تقديرا حتى أن المستأمن منهم لما كان على قصد الرجوع كان في دار الحرب حتى لا يقتل الذى به ، وكان القياس وجوب القصاص إلا أنه لم يجب لما ذكر

أقول : وكذا في النهاية وفي بحث (قال المصنف : وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا) أقول : أى مال حربى على حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه .

ولما نجب الدية في ماله في العمد لأن العواقل لاتعقل العمد وفي الخطأ ، لأنه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها (وإن كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه) أو قتل مسلم تاجر أسيرا فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة ، وقالوا : في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد لأن العصمة لاتبطل بعارض الأسر كما لاتبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه ، وامتناع القصاص لعدم المنعة ويجب الدية في ماله لما قلنا . ولأبي حنيفة أن بالأسر صار تبعاً لهم لصيرورته مقهوراً في أيديهم ، ولهذا يصير مقبلاً بإقامتهم ومسافراً بسفرهم فيبطل به الإحراز أصلاً وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا ،

منه ، ولا يحل لوليّ المقتول قتل القاتل إذا قدر عليه لأن القتل لم ينعتد سبباً موجباً للقصاص وهو مشكل ، لأن كون الولاية قاصرة وقت السبب لا تمنع من القضاء عند الطلب إذا كانت ثابتة عنده ، كما لو رفع إلى قاض مطالبة بثمان مبيع صدر البيع فيه قبل ولاية القاضي فإن ولايته منعدمة عند السبب ، وعليه أن يقضى بالثمان عند المرافعة لأن العصمة المؤتممة بالإسلام قائمة ، والقتل العمد العلوان ثابت وهو السبب ، والمانع وهو استيفاء الإمام منتف لما ذكر عن أبي يوسف أن الإقامة بنفرد بها الولي فمنعه منه خلاف الدليل ، فالأقرب ما تقدم من ثبوت الشبهة المسقطه للقصاص بتكثير سوادهم من وجه على ما فيه ، إذ تمنع كون ذلك شبهة توجب السقوط ، أو أن دار الحرب دار إباحة فالكون فيها شبهة دارية . وقد يقال : إن قلتم إنها دار إباحة للقتل مطاقاً فممنوع أو قتل الكافر فيه فلا يفيد . ويجاب بأن كونها دار إباحة له في الحملة كاف ؛ ألا ترى أن من قتل رجلاً قال له اقتلني لأقصاص عليه ، مع أن إباحة الشرع قتله لم تحصل بقوله ذلك بل إباحة من جهته وقد جعل ذلك مانعاً إلا أن تمنع عدم القصاص في قوله اقتلني . فإن قيل : ما ذكرتم مخالف لإطلاق قوله تعالى - كتب عليكم القصاص - والنفس بالنفس ، فالجواب أنه عام مخصوص بالقتل خطأ ، فإنه قتل وليس يجب فيه قصاص ونحو ذلك فجاز تخصيصه بالمعنى أيضاً . قال (ولما نجب الدية في ماله في العمد لأن العواقل لاتعقل العمد ، وفي الخطأ) ولما نجب أيضاً في ماله لأن وجوبها على العاقل بتركهم وتقصيرهم في حفظ القاتل ومنعه من ذلك ، ولا تقصير منهم في ذلك إذا كان في دار الحرب (قوله وإن كانا) أي المسلمان (أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجر أسيراً فلا شيء على القاتل) من أحكام الدنيا (إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة) ولما عليه عقاب الآخرة في العمد (وقالوا : في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد ، لأن العصمة لاتبطل بعارض الأسر كما لاتبطل بالاستئمان على ما بيناه) يعني من قوله لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لاتبطل بعارض الدخول بالأمان فكان الأسيران كالمستأمنين (و) أما امتناع القصاص فلعدم المنعة كما ذكرنا (ونجب الدية في ماله لما قلنا) أن العواقل لاتعقل العمد . هذا وقياس ما نقل قاضي بخان عنهما في المسلمين المستأمنين من وجوب القصاص في العمد أن يقولوا به في الأسيرين لأن الوجه يعمهما (ولأبي حنيفة) وهو الفرق بين الأسيرين والمستأمنين (أن بالأسر صار تبعاً لهم لصيرورته مقهوراً في أيديهم حتى يصير مقبلاً بإقامتهم ومسافراً بسفرهم فيبطل به الإحراز أصلاً) لأن الأصل غير معصوم فكذا تبعه (وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا) في سقوط عصمته الدنيوية بجامع كون كل منهما مقهوراً في أيديهم

في الكتاب وهو واضح . وقوله (على ما بينا) إشارة إلى أن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لاتبطل بعارض الدخول بالأمان . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن العواقل لاتعقل العمد . وقوله (ولأبي حنيفة رضى الله عنه أن بالأسر صار تبعاً لهم) يعني وأهل الحرب أصول والأصول غير معصومين فكذلك الأتباع (قوله ولهذا) توضيح للتبعية . وقوله (فيبطل به الإحراز أصلاً) أي يبطل الإحراز بالعصمة المقومة بالكلية (وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا)

وخص الخطأ بالكفارة لأنه لا كفارة في العمد عندنا .

فصل

قال (وإذا دخل الحرى إلينا مستأمناً لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة ويقول له الإمام إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية) وأصل أن الحرى لا يمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا بالاسترقاق أو الجزية لأنه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ، ويمكن من الإقامة اليسيرة ، لأن في منعها قطع الميرة والخلب وسد باب التجارة ، ففصلنا بينهما بسنة لأنها مدة تجب فيها الجزية فتكون الإقامة للصليحة بالجزية ، ثم إن رجع بعد مقالة الإمام قبل تمام السنة إلى وطنه فلا سبيل حايه ، وإذا مكث سنة فهو ضى لأنه لما أقام سنة بعد تقدم للإمام إليه صغر منزله الجزية فيصير ذمياً ، ولالإمام أن يوقت في ذلك مادون السنة كالشهر والشهرين (وإذا أقامها بعد مقالة الإمام يصير ذمياً)

(و) إنما خص الكفارة بالخطأ لأنه لا كفارة في العمد عندنا) كما يعرف في موضعه إن شاء الله تعالى . هذا والأقرب أن يجرى فيها حديث الشبهة كما تقدم على ما فيه .

(فصل)

(قوله وإذا دخل الحرى إلينا مستأمناً لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة) ثم يرجع (بل يقول له الإمام إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية . وأصل هذا أن الحرى لا يمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا بالاسترقاق أو بالجزية لأنه يصير عينا لهم) أى جاسوساً (وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الإقامة اليسيرة لأن في منعها قطع الميرة والخلب) وهو ما يجلب من حيوان وغيره (ففصلنا بين الدائمة واليسيرة بسنة لأنها مدة تجب فيها الجزية ، فإن رجع قبلها فلا سبيل عليه ، وإن أقامها بعد تقدم الإمام إليه) أى قوله له ما يعتمد في ضرب الجزية عليه (صار بجميع تبعية أهل الدار بالتوطن فلم تجب الدية لأنها مبنية على تلك العصمة ، بخلاف الكفارة فإنها تجب بالعصمة الموثقة وهى بالإسلام .

(فصل)

فصل هذه المسائل عما قبلها لاختلاف أحكامها ، وكلامه ظاهر ، والعين : هو الجاسوس ، والعون : الظهير على الأمر والجمع الأعوان ، والميرة : الطعام يمتاره الإنسان من ما يبيع ، والجلب والإجلب التين يجلبون الإبل والغنم للبيع . وقوله (بعد تقدم الإمام) يقال تقدم إليه الأمير بكذا أو في كذا إذا أمر به . وقواه (ولالإمام أن يوقت في ذلك مادون السنة) يعنى أن تقدير الحول ليس ببالزام ، بل لو قدر الإمام أقل من ذلك على حسب ما يراه جاز لكن إن لم يقدر له مدة فالمعتز هو الحول (فإذا أقام بعد ذلك في دارنا يصير ذمياً قال الإمام فاضيتان :

(فصل وإذا دخل الحرى الخ)

(قال المصنف وإذا دخل الحرى إلينا مستأمناً لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة) أقول : قال العلامة الكاظمي في تحاوي المتناهي : لو أقام سنين من غير أن يتقدم إليه الإمام فلم أن يرجع له . وفي النهاية : لفظ المتوسط يدل على أن تقدم الإمام ليس بشرط لصيرورة الحرى المستأمن ذمياً عند إقامة تمام السنة في دار الإسلام ، بل يصير ذمياً إذا أقام سنة فيها وإن لم يتقدم إليه الإمام بقوله إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية . أقول المصنف (لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الإمام الخ) يعنى إلى اشتراط التقدم قبل قيد رويين قلندبر (قوله والجلب والإجلب الخ) أقول : الجلب خطل يعنى مضمول سرج به بقلة اللعة ، وساد ذكره الشارح مع أنه خلاف المتقول لا يجاسب الميرة .

لما قلنا (ثم لا يترك أن يرجع إلى دار الحرب) لأن عقد الذمة لا ينقض ، كيف وأن فيه قطع الجزية وجعل وولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين (فلان دخل الحربى دارنا بأمان واشتوى أوصى خراج فلذا وضع عليه الخراج فهو ذى) لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس ، فلذا التزمه صار ملتزما المقام فى دارنا ، أما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لأنه قد يشترىها للتجارة ، وإذا لزمه خراج الأرض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبله لأنه يصير ذميا بلزوم الخراج

ذميا (فلا يمكن بعدها من العود إلى داره) لأن عقد الذمة لا ينقض إذ فيه قطع الجزية وتصييره وولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين (ولا يوثق منه جزية لسنة إلى أقامها إلا إن قال له إن أقمتها أخذت منك الجزية . وقوله بعد تقدم الإمام بفيد اشتراط تقدم الإمام إليه فى منعه من العود إذا أقام سنة ، وبه صرح العتاقى فقال : (لو أقام سنين من غير أن يتقدم إليه الإمام فله الرجوع . قيل ولقظ المبسوط يدل على أن تقدم الإمام ليس شرطا لصيرورته ذميا ، فإنه قال : ينبغى للإمام أن يتقدم إليه فيأمره إلى أن قال : وإن لم يقدر له مدة فاعتبر الحول وليس بالارم ، لأنه يصدق بقوله إن أقمت طويلا منعتك من العود ، فإن أقام سنة منعه ، وفى هذا اشتراط التقدم غير أنه لم يوقت له مدة خاصة ، والوجه أن لا يمنعه حتى يتقدم إليه ولو أن يوقت مدة قليلة كالشهر والشهرين ، ولا ينبغى أن يلحقه عسرا بتقصير المدة جدا خصوصا إذا كان له معاملات يحتاج فى اقتضاها إلى مدة مديدة .

[فروع] لو مات المستأمن فى دار الإسلام عن مال وورثته فى دار الحرب وقف ماله لورثته ، فإذا قدموا فلا بد أن يقيموا البيعة على ذلك فيأخذوا ، فإن أقاموا بيعة من أهل الذمة قبلت استحسانا لأنهم لا يمكنهم إقامتها من المسلمين لأن أنسابهم فى دار الحرب لا يعرفها المسلمون فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ، فإذا قالوا : لا نعلم له وارثا غيرهم دفع إليهم المال وأخذ منهم كفيلا لما يظهر فى المال من ذلك . قيل هو قولهما لا قول أبى حنيفة كما فى المسلمين . وقيل بل هو قولهم جميعا ، ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت أنه كتابه ، وإذا رجع إلى دار الحرب لا يمكن أن يرجع معه سلاح اشتراه من دار الإسلام بل بالذى دخل به ، فإن باع سيفه واشترى به قوسا أو قشايأ أو رماحا لا يمكن منه ، وكذا لو اشترى سيفا أحسن منه ، فإن كان مثل الأول أودونه مكن منه ، ومن وُجد فى دارنا بلا أمان فهو وما معه فى ، فإن قال : دخلت بأمان لم يصدق وأخذ ، ولو قال : أنا رسول ، فإن وجد معه كتاب يعرف أنه كتاب ملكهم بعلامة تعرف بذلك كان آمنا فإن الرسول لا يحتاج إلى أمان خاص بل بكونه رسولا يأمن ، وإن لم يعرف فهو زور فيكون هو وما معه فينا . وإذا دخل دار الإسلام بلا أمان فأخطه واحد من المسلمين لا يختص به عند أبى حنيفة بل يكون فينا لجماعة المسلمين ، وهو رواية بشر عن أبى يوسف ، وظاهر قول أبى يوسف وهو قول محمد يختص به ، ولو دخل الحرم قبل أن يوثق فعند أبى حنيفة يوثق ويكون فينا للمسلمين وعلى قولهما لا ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يوثق حتى يخرج (قوله وإن دخل الحربى دارنا بأمان واشترى أرض خراج فلذا وضع عليه الخراج صار ذميا) وكذا لو اشترى عشرة فلانها تستمر عشرية على قول

فلذا مضت سنة بعد مضي المدة المضروبة كان عليه الخراج لأنه إنما يصير ذميا بمجلوذة المدة المضروبة فيعتبر الجول بعد ما جابر ذميا إلا أن يكون شرط عليه أنه إذا جاوز السنة يأخذ الخراج فجئنا بأخذه منه . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الإمام صار ملتزما للجزية . وقوله (فلذا وضع عليه الخراج فهو ذى) قال فى النهاية : وكذلك لو لزمه عشر فى قياس قوله محمد بأن اشترى أرضا عشرية لأبى حنيفة جميعا من مؤن الأوصى لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس (إذ كل واحد منهما من أحكام دارنا ، فلما رضى بوجوب الخراج عليه

فتعتبر المدة من وقت وجوبه . وقوله في الكتاب فإذا وضع عليه الخراج فهو ذى تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه أحكام جمة فلا تغفل عنه (وإذا دخلت حربية بأمان فتزوجت ذميا صارت ذمية) لأنها التزمت المقام تبعاً للزوج (وإذا دخل حربي بأمان فتزوج ذمية لم يصير ذميا) لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع إلى بلده فلم يكن ملتزماً المقام (ولو أن حربياً دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذى أو ديناً في ذمتهم فقد صار دمه مباحاً بالعود) لأنه أبطل أمانه (وما في دار الإسلام من ماله على خطر : فإن أسر أو ظهر

محمد فإنها وظيفة مستمرة ، وعلى قول أى حنيفة تصير خراجية فتؤخذ منه جزية سنة مستقبلية من وقت وضع الخراج ، وثبتت أحكام الذمى في حقه من منع الخروج إلى دار الحرب ، وجريان القصاص بينه وبين المسلم وضمان المسلم قيمة خمره وخزيره إذا أثلفه ، وجوب الدية عليه إذا قتله خطأ ، وجوب كف الأذى عنه ، فتحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم فضلاً عما يفعله السفهاء من صفعه وشتمه في الأسواق ظلماً وعدواناً . وهذه الأحكام الجمة التي نبيه عليها المصنف والجم الكثير ، والمراد بوضع الخراج إلزامه به وأخذه منه عند حلول وقته ، ومنذ باشر السبب وهو زراعتها أو تعطيلها مع التمكن منها إذا كانت في ملكه أو زراعتها بالإجارة وهي في ملك غيره إذا كان خراج مقاسمة فإنه يؤخذ منه لامن المالك فيصير به ذميا ، بخلاف ما لو كانت الأرض التي استأجرها خراجها على مالكها فإنه لا يصير ذميا إذا دخل وقت الأخذ لعدم الأخذ منه . وكذا إذا أخذ منه العشر على قول محمد ، ولا يظن بوضع الإمام وتوظيفه أن يقول وظفت على هذه الأرض الخراج ونحوه . لأن الإمام قط لا يقول في كل قطعة أرض كذلك ، بل الخراج من حين استقرت وظيفة للأراضي المعلومة استمر على كل من صارت إليه . نعم لا يصير ذميا بمجرد شرائها كما قيل لأنه به التزمه لأنه غير لازم لجواز أنه اشتراها للتجارة فلا يحكم بالذمة عليه بمجرد حتى يزول هذا الاحتمال باستمرارها في يده حتى يؤخذ منه الخراج بتعطيلها أو زراعتها (قوله وإذا دخلت حربية دارنا بأمان فتزوجت ذميا صارت ذمية) في تزوجها مسلماً أولاً ، وعكسه ما لو دخل حربي فتزوج ذمية لا يصير ذميا كما قال به الأئمة الثلاثة في الحربية أيضاً قياساً على الرجل . ونحن بينا الفرق بأن تزوجه ليس دلالة التزامة المقام ، فإن في يده طلاقها والمضى عنها بخلافها ، فحين أقدمت عليه كانت ملتزمة بما يأتي منه ، ومنه عدم الطلاق ومنعها من الخروج إلى دارها فتصير ذمية فيوضع الخراج على أرضها ونحو ذلك (قوله ولو أن حربياً دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذى أو ديناً في ذمتهم فقد صار دمه مباحاً بالعود وما في دار الإسلام من ماله) له مادام حياً وإن مات فهو لورثته ، وكذا إذا قتل من غير

رضى أن يكون من أهل دارنا . وقوله (فتعتبر المدة من وقت وجوبه) أى وجوب الخراج (وقوله في الكتاب) أى في الجامع الصغير (فإذا وضع عليه الخراج فهو ذى تصريح من محمد بشرط الوضع) أى بأن وضع الخراج عليه شرط في جعله ذميا ، والمراد من وضع الخراج إلزام خراج أرض بمباشرة سببه وهو الزراعة أو تعطيلها عنها مع التمكن ، ودلت المسئلة على أنه لا يصير ذميا بمجرد الشراء . ومن المشايخ من قال : يصير ذميا بنفس الشراء ، لأنه لما اشترى أرض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزماً حكماً من أحكام الإسلام ، كذا ذكره قاضيه خان وليس بصحيح لما أشار إليه المصنف من قوله لأنه قد يشتريها للتجارة . وقوله (فيتخرج عليه) أى على أن الوضع شرط (أحكام جمة فلا تغفل عنه) أى عن شرط الوضع وهي المنع من الخروج إلى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم وجوب الضمان في إتلاف خمره وخزيره وجوب الدية بقتله خطأ ، وهذه الأحكام إنما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله ، وبوضع الخراج يصير ذميا فلذلك يجب أن لا يغفل عن شرط الوضع . وقوله (وإذا دخلت حربية بأمان) ظاهر ، وكذا عكسه ، وكذلك قوله (ولو أن حربياً دخل دارنا بأمان)

على الدار فقتل سقطت ديونته وصارث الوديعة فيثا) أما الوديعة فلائها في يده تقديرا لأن يد المودع كيدته فيصير فيثا تبعا لنفسه ، وأما الدين فلائ إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ، ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة فيختص به فيسقط (وإن قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك إذا مات لأن نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله ، وهذا لأن حكم الأمان باق في ماله فيرد عليه أو على ورثته من بعده . قال (وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج) قالوا : هو مثل الأراضي التي أجلاها عنها والجزية ولاخمس في ذلك . وقال الشافعي : فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة . ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية « وكذا عمر ومعاذ ووضع في بيت المال ولم يخمس

أن يظهر على دارهم كما إذا مات في دار الإسلام لأن ماله مشمول بأماننا مادام في دارنا ، وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله . فإن قيل : ينبغي أن يصير فيثا كما إذا أسلم الحربى في دار الإسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دارهم تكون فيثا ولا تكون يد المودع كيدته في دار الإسلام . أجب بالفرق بأن ما في دار الحرب معصوم من وجه لا من كل وجه ، فإن دار الحرب دار إباحة لاعصمة فلا يصير معصوما بالشك بخلاف ما في دار الإسلام تثبت من كل وجه فيبقى إلى أن يثبت المزيل وهو أن يصير نفسه مغنوما وذلك بأن يوتر أو يظهر على داره فيقتل فحينئذ تصير الوديعة فيثا لعامة المسلمين توضع في بيت المال لأنها في يده تقديرا ، فإذا غم غنمت ، بخلاف ماله من الوديعة في دار الحرب عند المسلم لأنها ليست في يده كذلك بل من وجه كما ذكرنا ، ثم هذا ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أنها يختص بها المودع لما ذكره المصنف في الدين ، وأما الدين فيسقط عن ذمته لأن ثبوت يده عليه منتف إذ قد صار ملكا للمدين ، وإنما هي ثابتة باعتبار ثبوت حق المطالبة وقد سقطت باستغنائه فيسقط الدين . وإذا حققت هذا ظهر لك أن اختصاص المدين به ضرورى غير محتاج إلى تعليله بأنه سبقت يده إليه (قوله وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال) أى ما أعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله بلا قتال . والوجف والوجيف ضرب من سير الإبل والخيول ، ويقال وجف البعير وجفا ووجيفا وأوجفته إذا حملته على الوجيف (يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف في الخراج) وكذا الجزية في عمارة القناطر والجسور وسد الثغور وكرى الأنهار العظام التي لا ملك لأحد فيها كجبيحون والفرات ودجلة ، وإلى أرزاق القضاة والمحاسبين والمعلمين والمقاتلة وحفظ الطريق من اللصوص فلا يختص به ولا شيء منه أحد (قالوا : هو مثل الأراضي التي أجلاها عنها والجزية ولاخمس في ذلك . وقال الشافعي : فيهما) وفي

خلا أن قوله لأن يد المودع كيدته منقوض بما إذا أسلم الحربى في دار الإسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على الدار فإنها تكون فيثا فلم تكن يد المودع كيد المودع . وأجب بأن يد المودع كيد المودع إذا اتفقا عصمة وقت الإيداع ، وفي صورة النقض ليس كذلك لأن دار الحرب ليست دار عصمة . قال (وما أوجف المسلمون عليه) أى أعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله . والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطن أو الإخراج ، يقال جلا السلطان القوم عن أوطانهم وأجلاهم فجلا : أى أخرجهم فخرجوا ، كلاهما يتعدى ولا يتعدى . وقوله (والجزية) بالجر عطف على قوله الأراضي أى هو مثل الأراضي التي أجلاها عنها أهلها ومثل الجزية . وقوله (وقال الشافعي رضى الله عنه فيهما) أى في الأراضي التي أجلاها عنها أهلها وفي الجزية . وفي بعض النسخ : فيها

(قال المصنف : وما أوجف عليه المسلمون من أموال أهل الحرب) أقول : أنت خير بأن هذه المسئلة ليست بما يتعلق بالمستأمن .

ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال ، بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى ، وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لإيجاب الخمس (وإذا دخل الحربى دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فأسلم هاهنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء)

بعض النسخ : فيها أى الأرض والحزبة والخراج الذى تقدم ذكره في قوله كما يصرف الخراج ، ويقال أجلى السلطان القوم وجلاهم يتعدى بلا همزة : أى أخرجهم فجلوا : أى خرجوا ، وأجلى القوم أيضا خرجوا ، فكل من ذى همزة وعلمها يتعدى ولا يتعدى . ومذهب الشافعى أن كل ما أخذ من الكفار بلا قتال عن خوف أو أخذ منهم للكف عنهم بخمس ، وما أخذ من غير خوف كالجزية وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له ففي القديم لا يخمس ، وهو قول مالك ، وفي الجديد يخمس . ولأحمد في النوى روايتان الظاهر منهما لا يخمس ، ثم هذا الخمس عند الشافعى يصرف إلى من يصرف إليه خمس الغنيمة عنده على مامر ، وذكروا أن قوله في الجزية مخالف للإجماع . قال الكرائى : ما قال به أحد قبله ولا بعده ولا في عصره . ووجه قوله القياس على الغنيمة بجامع أنه مال مأخوذ من الكفار عن قوة من المسلمين . واستدل المصنف بفعله عليه الصلاة والسلام ، فإنه أخذ الجزية من نجوس هجر ونصارى نجران ، وفرض الجزية على أهل اليمن على كل حالم ديناراً ، ولم ينقل قط في ذلك أنه خسه بل كان بين جماعة المسلمين ، ولو كان لنقل ولو بطريق ضعيف على ما قضت به العادة ، ومخالفة ما قضت به العادة باطل فوقوعه باطل ، بل قد ورد فيه خلافه وإن كان فيه ضعف ، أخرجه أبو داود عن ابن لعدى بن عدى الكندى : أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى من سألته عن مواضع النى أنه ما حكم به عمر بن الخطاب قرأه المؤمنون عدلاً موافقاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم « جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه » فرضى الأعطية وعقد لأهل الأديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب فيها بخمس ولا مغنم . وأما ما في السنن عن عمر : كانت أموال بى النصير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصة ينفق على أهل بيته قوت سنة فابقى جعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله . فعناه أن التصرف فيها كان إليه كيف شاء ، بل يؤيد ما ذكرنا أن مصارف بيت المال إذ ذاك لم تكن أكثر من نفقة الأئمة وآلات الجهاد من الكراع والسلاح ونفقته هو عليه الصلاة والسلام إذ لم يكن إذ ذاك قضاة ولا جسور ولا قناطر ، وأما نفقة الفقراء المهاجرين فنحن نقطع بأنه كان يفعل ما تحقق له أدنى قدرة عليه ، وأما القياس ففي تقرير المصنف دفعه وهو قوله (ولأنه مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال ، بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بكل من مباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحق الباقي للغانمين بمعنى ، وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه) من الرعب الخالى عن القتال فلم يكن لأبعاضه مستحقون بجهتين بل استحقاقه بجهة واحدة (قوله وإذا دخل الحربى دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فأسلم ههنا) أى في دار الإسلام (ثم ظهر) على البناء للمفعول (على دارهم فذلك كله فيء) .

أى في الأراضي والجزية والخراج (قوله ولأنه) أى ولأن ما أوجف عليه المسلمون من المال . وقوله (من غير قتال) يعنى بل بوقوع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين (بخلاف الغنيمة لأنه) أى الغنيمة بتأويل المغنوم (مملوك) بسببين وهما مباشرة الغانمين وقوة المسلمين (فاستحق الخمس بمعنى) وهو الرعب (واستحق الغانمون الباقي بمعنى) وهو مباشرة الغانمين القتال (وفي هذا) أى فيما أوجف المسلمون عليه (السبب واحد وهو ما ذكرناه)

أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر لأنهم حربيون كبار وليسوا بأتباع، وكذلك مافي بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قيل: وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلما تبعا لإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته، ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك، وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فينا وغنيمة (وإن أسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فأولاده الصغار أحرار مسلمون) تبعا لأبيهم لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم إذ الدار واحدة (وما كان من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو له) لأنه في يد محترمة ويده كيده (وما سوى ذلك في) أما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا: وأما المال الذي في يد الحربى فلأنه لم يصير معصوما لأن يد الحربى ليست يدا محترمة (وإذا أسلم الحربى في دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ) وقال الشافعي: تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لأنه أراق دما معصوما (لوجود العاصم وهو الإسلام) لكونه مستجبلا للكرامة، وهذا لأن العصمة أصلها المؤتممة لحصول أصل الزجر بها

أما المرأة والأولاد الكبار فإنهم حربيون وليسوا بأتباع) الذي خرج لأنهم كبار (وكذا مافي بطنها لو كانت حاملا) يكون فينا مرقوقا (لما قلنا) في باب قسمة الغنائم من أنه جزؤها (وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلما تبعا لإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته، ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك، وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه) باختلاف الدارين فبقي الكل فينا: فأما إذا أسلم في دار الحرب ثم جاء (إلينا) فظهر على الدار وبقي الصورة بحالها (فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعا لأبيهم لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم) ولو كان في بلدة أخرى غير البلدة التي هم فيها (إذ الدار واحدة، وما كان له من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو سالم له لأنه في يد محترمة ويده كيده) لأنه نائب عنه في الحفظ، بخلاف ما لو كان في يدهما غصبا فإنه يكون فينا لعدم النيابة. وعند أبي يوسف ومحمد يجب أن لا يكون فينا إلا ما كان من غصب عند حربى وهو قول الأئمة الثلاثة، وتقدمت هاتان المسألتان مع آخرين في باب الغنائم مستوفى (قوله وإذا أسلم الحربى في دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون) صالحون لاستيفاء القصاص والدية (فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ). وقال الشافعي: تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد (وهو قول مالك وأحمد) لأنه أراق دما معصوما (بالإسلام) لكون الإسلام مستحقا للكرامة وهذا لأن العصمة أصلها (العصمة) المؤتممة لحصول أصل الزجر بها (أى بالعصمة،

يعنى قوله أنه مال مأخوذ بقوة المسلمين فلا معنى لإيجاب الخمس (قوله لما قلنا من قبل) أى في باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته في أنها كافرة حربية الخ. وقوله (وأما أولاده الصغار) ظاهر (قوله وما كان من مال أودعه مسلما أو ذميا) إنما قيد بالإيداع لأنه إذا كان غصبا في أيديهما يكون فينا لعدم النيابة (قوله فلما قلنا) إشارة إلى قوله حربيون كبار وليسوا بأتباع (قوله وإذا أسلم الحربى في دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ). وقال الإمام الشافعي رضي الله عنه: تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لأنه أراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الإسلام لكونه مستجبلا للكرامة) وتحقيقه أن العصمة تثبت نعمة وكرامة فتعلق بما له أثر في استحقاق الكرامات وهو الإسلام إذ به تحصل السعادة الأبدية لا بالدار التي هي جماد لا أثر لها في استحقاق الكرامة، ومن أراق دما معصوما إن كان خطأ ففيه الدية والكفارة، وإن كان عمدا ففيه القصاص كما لو فعل ذلك في دار الإسلام (وهذا) أى وجوب الدية في الخطأ، والقصاص في العمد إنما كان مبنيا على وجود العاصم الذي هو الإسلام (لأن العصمة أصلها المؤتممة لحصول أصل الزجر بها)

وهي ثابتة إجماعاً، والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفاً فيه فتتعلق بما علق به الأصل. ولنا قوله تعالى - فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة - الآية ، جعل التحرير كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفاء أو إلى كونه كل المذكور فينتفي غيره ، ولأن العصمة المؤتممة بالأدمية

ولوقال به ، أي بالإثم لكان أحسن (و) العصمة (المقومة كمال فيه) أي في أصل العصمة (لكمال الامتناع به) أي بالتقوم على المنهك لها (فتعلق) هذه العصمة (بما علق به الأصل) أعني المؤتممة . وقال النبي صلى الله عليه وسلم « فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم » فتصرف العصمة إلى كمالها وذلك بالمقومة والمؤتممة : ولنا قوله تعالى - فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة - فإنه في القتل الخطأ ، ولم يستبدل على منع القصاص في العمد اكتفاء بما ذكر في المسئلة من دلالة الآية لأنه تعالى أفاض في تفاصيل موجبات القتل الخطأ فقال سبحانه وتعالى - ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا - فأوجب الدية والكفارة ثم قال - فإن كان - أي المقتول - من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة - واقتصر عليه فعرف أنه تمام الموجب لأنه مفيض في بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدو لنا فقال موجه كذا ولم يزد عليه فكان كل الموجب وإلا لم يكن بياناً لموجه بل لبعض موجه ، وزاد المصنف وجهاً آخر قدمه على هذا الوجه وهو قوله رجوعاً إلى حرف الفاء ، وقرر بأن الفاء للجزاء والجزاء هو الكافي يقال جزى فلان : أي كفى وهو سهو لأن لفظ الجزاء المجعول معنى الفاء لفظ اصطلاحى : أي جعلى لا أن اللغة وضعت لفظ الفاء لمعنى لفظ الجزاء حتى يقال الجزاء الذى هو معنى الفاء الكافي ، بل المراد بقول النحاة الفاء للجزاء : أي دالة على أن ما بعدها مسبب عما قبلها فسمى السبب جزاء اصطلاحاً لا لغة فليتمل (ولأن العصمة المؤتممة) في الأصل (بالأدمية) لا بوصف الإسلام

فإن من علم أنه يأثم بقتل ينزجر عنه نظراً إلى الجبلية السليمة عن الميل عن الاعتدال (وهي ثابتة) فيما نحن فيه (إجماعاً) فإنه لا قائل بعدم الإثم على من قتل مسلماً في أى موضع كان (والعصمة المقومة كمال فيه) أى في أصل العصمة لأنه إذا وجب الإثم والمال كان ذلك أكمل وأتم في المنع من الذى وجب فيه الإثم دون المال ، فكانت العصمة المقومة وصفاً زائداً على العصمة التى هى المؤتممة (فتعلق بما علق به الأصل) وهو العصمة المؤتممة والعصمة المؤتممة تعلقت بالإسلام ، فالعصمة المقومة كذلك ، فتجب الدية والكفارة في قتل الحربى الذى أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا (ولنا قوله تعالى - فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة -) وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يؤول هذه الآية بالذين أسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا ، وهو المنقول عن بعض أئمة التفسير أيضاً . ووجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى ميز بين المؤمن الذى في دار الإسلام وبين المؤمن الذى هو من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل ، فجعل الحكم في الأول الدية والكفارة بقوله تعالى - فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله - وفي الثانى الكفارة دون الدية وذلك من وجهين : أحدهما أنه ذكر بحرف الفاء فإنه للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافياً ، فإذا كان كافياً كان كل الموجب ضرورة . والثانى أنه كل المذكور حيث لم يذكر غيره ، وذلك يقتضى انتفاء غيره لأن قصد الشارع في مثله إخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك إلا ببيان كل الحكم بلا إخلال ، فلو كان غيره من تنمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان . وقوله (ولأن العصمة المؤتممة بالأدمية) دليل معقول على عدم العصمة المقومة الموجبة للدية

(قوله والعصمة المؤتممة تعلقت بالإسلام الخ) أقول : لم يظهر مما ذكره كون وجوب القصاص مبنياً على وجود العاصم الذى هو الإسلام . (قوله فإذا كان كافياً الخ) أقول : قد تمسك الشارح فيما سبق بالاستقراء في كتاب الحدود فراجع .

لأن الآدى خلق متحملاً أعباء التكليف والقيام بها بحزمة التعرض والأموال تابعة لها . أما المقومة فالأصل فيها الأموال لأن التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الأموال دون النفوس ، لأن من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ، ثم العصمة المقومة في الأموال بالإحراز بالدار لأن العزة بالمنعة فكذلك في النفوس إلا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة لما أنه أوجب إبطالها . المرتد والمستأن في دارنا من أهل دارهم حكماً لقصد هما الانتقال إليها

(لأنه خلق متحملاً أعباء التكليف والقيام بها) لا يمكن إلا مع (حرمة التعرض له) وإنما زالت بعارض الكفر فإذا انتفى عادت بخلاف الأموال لأنها بحسب الأصل مباحة لأنها خلقت للانتفاع بها والعصمة المقومة بالعكس فالأموال هي الأصل فيها لا النفوس (لأن التقوم يؤذن بجبر الفائت) ومن شرطه التماثل وهو في الأموال لا النفوس ، فكانت النفوس تابعة في العصمة المقومة للأموال (ثم العصمة المقومة في الأموال بالإحراز بالدار لأن العزة بالمنعة ، فكذا في النفوس إلا أن الشرع أبطل اعتبار منعة الكفر) فأوجب بطلانها . فإن قيل : أوصح ما ذكرتم لزم في المرتد والمستأن إذا قتل في دارنا الدية . أجاب بأنها (من أهل دار الحرب حكماً لقصد الانتقال إليها) فلم يجب شيء . وأما قوله صلى الله عليه وسلم « عصيوا مني دماءهم » فنقول : لا شك في ثبوت العصمة شرعاً ولا يستلزم كمالها إلا بدليل ، ولو سلمنا ذلك فقد قال عليه الصلاة والسلام « لا يحقه » ومن حقه أن يكونوا في دارنا لا يكثرون

في دار الحرب ومشمول على بيان أن العصمة المقومة ليست بوصف كمال في العصمة المؤتممة فتكون تابعة لها . وبيان ذلك أن العصمة المؤتممة بالأدمية (لأن الآدى خلق متحملاً أعباء التكليف) أى أثقالها ، ومن خلق لشيء وجب عليه القيام به فالآدى وجب عليه القيام بأعباء التكليف (والقيام بها بحزمة التعرض) أى إنما يتحقق له القيام بها إذا كان حرام التعرض ، فالآدى وجب عليه أن يكون حرام التعرض مطلقاً ، إلا أن الله تعالى أبطل ذلك في الكافر بعارض الكفر ، فإذا زال الكفر بالإسلام عاد إلى الأصل (والأموال تابعة لها) أى للأدمية التى تثبت العصمة المؤتممة لها لأنها خلقت في الأصل مباحة ، وإنما صارت معصومة لتمكن الآدى من الانتفاع بها في حاجته فكانت تابعة للأدمية (أما العصمة المقومة فالأصل فيها الأموال لأن التقوم يؤذن بجبر الفائت) لأن المتقوم هو الشيء الذى يكون واجب الإبقاء والدوام بالمثل أو القيمة (وذلك) أى جبر الفائت (في الأموال دون النفوس) لأنه إنما يحصل بالمثل صورة ومعنى أو معنى فقط ، ولا تماثلة بين النفوس وما يجبر به لاصورة ولا معنى على ما عرف في الأصول (فكانت النفوس تابعة) للأموال في العصمة ، ومن هذا علم أن العصمة المؤتممة أصل مستقل في شيء والعصمة المقومة أصل مستقل في شيء آخر ، وليس أحدهما بكمال في الآخر ولا وصف زائد عليه ، ثم العصمة المقومة في الأموال بالإحراز بالدار لأنها عزة والمنعة ، فالعصمة المقومة في الأموال بالمنعة والدار إنما تكون بالمنعة فلهذا تعرض لذكرها ، وإذا كانت العصمة المقومة في الأموال بالمنعة فكذلك في النفوس لأنها تابعة لها لما ذكرنا ، لكن لا منعة لدار الحرب لأن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفر لما أنه أوجب إبطالها ، وإذا لم يكن منعة لا يوجد الإحراز ، وإذا لم يوجد الإحراز لا توجد العصمة المقومة ، وإذا لم توجد العصمة المقومة لا تنجب الدية ، وهذا في غاية التحقيق ، ، خلا أنه توهم أن لا يملكوا أموالنا بالإحراز إلى الدار كما قال به الإمام الشافعى رضى الله عنه . ودفعه بأن معنى قولنا إن الشرع أسقط اعتبار منعتهم حال كونهم في دارهم ، وأما إذا وقع خروجهم إلى دارنا وأحرزوا أموالنا باليد الحافظة والناقلة فقد استولوا على مال مباح كما مر ، وذلك يوجب الملك لا محالة . وقوله (المرتد والمستأن) جواب عما يقال إنهما محرزان بدار الإسلام ذاتا فيجب أن يتقوماً ولم يتقوماً حتى لا تنجب الدية

(ومن قتل مسلماً خطأ لا ولى له أو قتل حربياً دخل إلينا بأمان فأسلم فالدية على عاقلته للإمام وعليه الكفارة) لأنه قتل نفساً معصومة خطأ فتعتبر بسائر النفوس المعصومة ، ومعنى قوله للإمام أن حق الأخذ له لأنه لا وارث له (وإن كان عمداً فإن شاء الإمام قتله وإن شاء أخذ الدية) لأن النفس معصومة والقتل عمد والولى معلوم وهو العامة أو السلطان . قال عليه الصلاة والسلام « السلطان ولى من لا ولى له » وقوله وإن شاء أخذ الدية معناه بطريق الصلح لأن موجب العمد وهو القود عينا ، وهذا لأن الدية أنفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال (وليس له أن يعفو) لأن الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر إسقاط حقهم من غير عوض .

سواد العلو إلا أن هذا لا يتهض في الأسير المسلم (قوله ومن قتل مسلماً خطأ لا ولى له أو قتل حربياً دخل دار الإسلام بأمان فأسلم فالدية على عاقلته للإمام وعليه الكفارة لأنه قتل نفساً معصومة) بالإسلام وداره (خطأ ، ومعنى قوله للإمام أن حق الأخذ له لأنه لا وارث له) بالفرض لا أن المأخوذ يملكه هو بل يوضع في بيت المال وإن كان (قتل المسلم الذي لا وارث له والمستأمن الذي أسلم ولم يسلم معه وارث قصداً ولا تبعا بأن لم يكن معه ولد صغير دخل به إلينا) عمداً فإن شاء الإمام قتله وإن شاء أخذ الدية (منه بطريق الصلح لا الجبر) لأن موجب العمد عندنا القصاص عينا (إلا أن يتصلحوا على الدية ، وإنما كان للسلطان ذلك لأنه هو ولى المقتول) قال عليه الصلاة والسلام « السلطان ولى من لا ولى له » وقد قدمنا الكلام على هذا الحديث في باب الأولياء والأقرباء فكفاء من هذا الكتاب فارجع إليه . والدية وإن كانت أنفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود إليهم من قتله منفعة أخرى هي أن ينزجر أمثاله عن قتل المسلمين فيرى بما هو أنفع في رأيه ، وبما ذكرنا ظهر أن الأولى أن يقول : وهذا لأن الدية قد تكون أنفع وإلا كان يتعين الصلح منه عليها (وأما أن يعفو فليس له ذلك لأن ولايته على العامة نظرية وليس من النظر إسقاط حقهم من غير عوض) ولو كان المقتول لقيطاً فقتله الملتقط أو غيره خطأ فلا إشكال في وجوب الدية لبيت المال على عاقلته القاتل والكفارة عليه ، ولو كان القتل عمداً فإن شاء الإمام قتله وإن شاء صلحه على الدية كالتى قبلها ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : عليه الدية في ماله ولا أقتله لأنه لا يخلو عن ولى كالأب ونحوه إن كان ابن رشلة ، وكالأب إن كان ابن زنا ، فاشتباه من له حق القصاص فلا يستوفى كالمكاتب الذى قتل قبل أداء الكتابة وترك وفاء . ولهما أنه لا يعلم له ولى ولا هو في مظنته ، واحتمال كونه له في نفس الأمر لا يفيد إذ لا ينتفع به فكان وجوده وعدمه في نفس الأمر سواء لأنه لا يقدر على الانتفاع فيستوفى .

بقتلهما وكون المستأمن من أهل دارهم حكماً لقصد الانتقال ظاهر ، وأما المرتد فكذلك لأنه يقصد هرباً من القتل وقوله (ومن قتل مسلماً خطأ الخ) واضح . واعترض على قوله وهو العامة أو السلطان بأن التردد فيمن له ولاية القصاص يوجب سقوطه كما في المكاتب إذا قتل عن وفاء وله وارث . وأجيب بأن الإمام هاهنا نائب عن العامة فصار كأنه ولى واحد ، بخلاف مسألة الكتاب .

(باب العُشر والخراج)

قال (أرض العرب كلها أرض عشر ، وهي ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام

(باب العُشر والخراج)

لما ذكر ما يصير به المستأمن ذمياً ذكر ما ينوبه من الوظائف المالية إذا صار ذمياً وذلك هو الخراج في أرضه ورأسه ، وفي تفاريعهما كثرة فأوردتهما في بابين ، وقدم خراج الأرض لأن الكلام فيه كان بعرض قريب ، ثم ذكر العشر فيه أيضاً تنمياً الوظيفة الأرض لأنها السبب في الخراج والعشر جميعاً ، وقدم ذكر العشر لأن غية معنى العباداة . والعشر لغة واحد من العشرة ، والخراج ما يخرج من ثماء الأرض أو ثماء الغلام ، وسمى به ما يأخذه السلطان من وظيفة الأرض والرأس ، وحدد الأراضي العشرية والخراجية أولاً لأنه حينئذ أضبط فقال (أرض العرب كلها عشرية وهو ما بين العذيب) وهو ماء لتيم وذكر ضمير الأرض باعتبار خبره وهو لفظ (ماء) في قوله ما بين العذيب (إلى أقصى حجر باليمن) وفي بعض النسخ وهي على الظاهر ، وحجر بفتح الجيم وإسكانها خطأ لأن أبا يوسف قال : حدود أرض العرب ما وراء حدود الكوفة إلى أقصى صخر باليمن ، فعرف أنه حجر بالفتح ، والمراد إلى آخر جزء من أجزاء اليمن وهو آخر حجر منها ، ومهرة حينئذ في آخر موضع من اليمن : وقولهم من أول عذيب القادسية إلى آخر حجر يوجب أن ذلك أول ما وراء أرض الكوفة ، وهذا طولها ، وعرضها من رمل يبرين والدهناء ويعرف برمل عالج إلى مشارف الشام : أي قراها ، وقد يعبر بمنقطع السهابة . قال الكرخي : وهي أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية . والحجاز هو جزيرة العرب سمي جزيرة لأن بحر الحبش وبحر فارس

(باب العُشر والخراج)

لما ذكر ما يصير به الحر ذمياً شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه ، وذكر العشر استطراداً لأن سبب كل واحد منهما هو الأرض النامية ، وقدمه على الخراج لكونه من الوظائف الإسلامية . والعشر بضم العين أحد أجزاء العشرة ، والخراج اسم لما يخرج من غلة الأرض أو الغلام ، ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجاً فيقال أدى فلان خراج أرضه وأدى أهل الزمة خراج رعوهم : يعني الجزية . والعذيب ماء لتيم ، والحجر بفتح الجيم بمعنى الصخر لأنه وقع في أمالي أبي يوسف : الصخر موضع الحجر ، ويظهر من ذلك أن من روى بسكون الجيم وفسره بالحناب فقد حرف . ومهرة بالفتح والسكون اسم رجل ، وقيل اسم قبيلة ينسب إليها الإبل المهرية سمي ذلك للمقام به فيكون بمهرة بدلاً من قوله باليمن ، وهذا طولها ، ومن يبرين والدهناء ورمل عالج أسماء مواضع إلى مشارف الشام : أي قراها عرضها ، والسواد : أي أراضي سواد العراق : أي قراها سمي بالسواد لخضرة أشجاره وزروعه ، وحده عرضاً من العذيب إلى عقبة حلوان وهو اسم بلد ، ومن الثعلبية وهي منازل البادية إلى عبادان وهو حصن صغير على شط البحر طولها . وقيل في موضع الثعلبية العلت بفتح العين وسكون اللام ، وهي قرية موقوفة على

(باب العُشر والخراج)

(قوله وذكر العشر استطراداً الخ) أقول : فيه عنونة الباب بما ليس مقصوداً منه ، وقد استجبت الشريفة البحر جلفه في قوله مباحث الكلمات من حاشية المطالع (قوله إلى مشارف الشام) أقول : المشارف بالفاء .

والسواد أرض خراج، وهو ما بين العذيب إلى عقبة حلوان، ومن الثعلبية ويقال من العلت إلى عبادان) لأن النبي عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب، ولأنه بمنزلة النية فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم، وهذا لأن وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف، وعمر حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحض من الصحابة، ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص، وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام. قال (وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها) لأن الإمام إذا فتح أرضاً عنوة وقهرها له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رعوسهم الخراج فتبقى الأراضي مملوكة لأهلها وقد قدمناه من قبل. قال (وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشر) لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر ألبق به لما فيه من معنى العبادة، وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج.

والفرات أحاطت بها، وسمى حجازاً لأنه حجج بين تهامة ونجد (والسواد) أي سواد العراق: أي أرضه سمي به لكثرة اخضراره، وحده (من العذيب إلى عقبة حلوان) عرضها (ومن العلت إلى عبادان) طولاً (ويقال من الثعلبية إلى عبادان) قيل هو غلط لأن الثعلبية بعد العذيب بكثير، إذا عرف هذا فأرض العرب كلها عشرية (لأنه عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين) بعده (لم يأخذوا الخراج من أرض العرب) ولو فعله عليه الصلاة والسلام لقصت العادة بنقله ولو بطريق ضعيف، فلما لم ينقل دل قضاء العادة على أنه لم يقع (ولأن شرط الخراج أن يقر أهلها) عليها (على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم إلا الإسلام) ولا يقتلون، ولأنه كما لا راق على العرب فكذلك لا خراج على أرضهم، وسواد العراق المحدد المذكور خراجي (لأن عمر رضي الله عنه وضع عليه الخراج بمحض من الصحابة) وهو أشهر من أن ينقل فيه أثر معين، وإنما يحتاج إلى ذلك في تقدير الموضوع. وقوله (ووضع على مصر النخ) أسند الواقدي إلى مشيخة من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة واستباح ما فيها وعزل منه مغنم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على رعوسهم والخراج على أراضيهم، ثم كتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك، وأسند أيضاً إلى عمرو بن الحارث قال: كان عمرو بن العاص يبعث بجزية أهل مصر وخراجها إلى عمر رضي الله عنها كل سنة بعد حبس ما يحتاج إليه، ولقد استبطأه عمر في الخراج سنة فكتب بكتاب يلومه ويشدد عليه، وهذا يخالف ما ذكر بعض الشارحين من أن مصر فتحت صلحاً على يد عمر وابن العاص، وأما وضع الخراج على أرض الشام فعرف. قيل ومدن الشام فتحت صلحاً وأراضيها عنوة على يد يزيد بن أبي سفيان وشرحبيل بن حسنة وأبي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد، وفتحت أجنادين صلحاً في خلافة أبي بكر رضي الله عنه، وفي دالمها الفتح في المشهور والكسر (قوله وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم وتصرفهم) فيها بالرهن والهبة (لأن الإمام إذا فتح أرضاً عنوة له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها الخراج وعلى رعوسهم الجزية فتبقى الأرض مملوكة لأهلها وقدمناه من قبل) في باب قسمة الغنائم، ومذهب مالك والشافعي وأحمد أنها موقوفة على المسلمين، فلا يجوز لأهلها هذه التصرفات (قوله وكل أرض أسلم أهلها) عليها فأحرزوا ملكهم فيها (أو فتحت عنوة وقسمها بين الغانمين فهي عشرية، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر ألبق به لأن فيه معنى العبادة، ولأنه أخف حيث يتعلق) الواجب (بنفس الخارج) فلا يؤخذ

العلوية وهو أول العراق شرقي دجلة، وكلامه واضح. وقوله (قدمناه من قبل) يعني في أول باب الغنائم.

(وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج) وكذا إذا صالحهم لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به ، ومكة مخصوصة من هذا ، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج (وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج ، وما لم يصل إليها ماء الأنهار واستخرج منها عين فهي أرض عشر) لأن العشر يتعلق بالأرض النامية ونماؤها بما فيها فيعتبر السقي بماء العشر أو بماء الخراج .

مالم يكن خارجا فهو أليق بالمسلم (وكل أرض فتحت عنوة وأقر أهلها عليها فهي أرض خراج ، وكذا إذا صالحهم لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به) لأن فيه معنى العقوبة للتعلق بالتمكن من الزراعة وإن لم يزرع ، وفيه نظر نذكره في آخر الفصل إن شاء الله تعالى (ومكة مخصوصة من هذا) العموم (فلما فتحت عنوة على ما أسلفناه في باب الغنائم وقسمتها بما لا يشك معها فتحت عنوة) (ولم يوظف عليها خراجا) ولنخص هذا المكان بحديث زيادة على ما في باب الغنائم . أخرج مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه ذكر فتح مكة فقال «أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى دخل مكة ، فبعث الزبير رضي الله عنه على إحدى المحبتين وبعث خالد بن الوليد على المحبته الأخرى وبعث أبا عبيدة على الجسر وأخذوا من بطن الوادي ورسول الله صلى الله عليه وسلم في كتيبة ، قال : فنظر إلى وقال : يا أبا هريرة قلت لبيك يا رسول الله ، قال : اهتف لي بالأنصار فلا يأتيني إلا أنصارى ، فهتف بهم فجعوا فأطافوا برسول الله صلى الله عليه وسلم وبشت قريش أوباشا ، فقال لهم : ألا ترون إلى أوباش قريش وأتباعهم ، ثم قال بيده فضرب بإحدهما على الأخرى وقال : احصوهم حصدا حتى توافوني على الصفا ، قال أبو هريرة : فانطلقنا فما شاء أحدنا أن يقتل من شاء منهم إلا قتله» الحديث بطوله ، فاضمم هذا إلى ما هناك . وقد ذكر القتيبي ما فتح عنوة وصلح من البلاد فذكر أن الأهواز وفارس وأصبهان فتحت عنوة لعمر رضي الله عنه على يدى أبي موسى وعثمان بن أبي العاص وعتبة بن غزوان ، وكانت أصبهان على يدى أبي موسى خاصة ، وأما خراسان ومرو رود فتحتا صلحا في خلافة عثمان على يدى عبد الله بن عامر بن كرز ، وأما ما وراءهما فافتتح بعد عثمان على يد سعيد بن عثمان ابن عفان لمعاوية صلحا وسمرقند وكش ونسف وبخارى بعد ذلك على يدى المهلب بن أبي صفرة وقتيبة بن مسلم . وأما الري فافتتحها أبو موسى في خلافة عثمان صلحا ، وفي ولايته فتحت طبرستان على يدى سعيد بن العاص صلحا ، ثم فتحها عمرو بن العلاء والطلحان وديبلوند سنة سبع وخمسين ومائة . وأما جرجان ففي خلافة سليمان ابن عبد الملك سنة ثمان وتسعين ، وكرمان وسجستان فتحهما عبد الله بن عامر في خلافة عثمان صلحا . وافتتح الجبل كله عنوة في وقعة جلولا ، ونهاوند على يدى سعد والنعمان بن مقرن . وأما الجزيرة ففتحت صلحا على يدى عيسى بن غنم والجزيرة ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة ، وأما هجر فأدوا الجزيرة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكذا دومة الجندل ، وأما البصرة فافتتحها أبو بكر رضي الله عنه . وأما الهند فافتتحها القاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين (قوله وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار الخ) قد علم من عادة المصنف أنه إذا وقعت مخالفة بين ما في القدوري والجامع يقول بعد لفظ

(قوله والخراج أليق به) يعني من حيث أن فيه معنى العقوبة ، وأن فيه تغليظا لوجوبه وإن لم يزرع ، والكافر أليق بالعقوبة والتغليظ . وكان القياس في أرض مكة أن تكون خراجية لأنها فتحت عنوة : أي قهرا ، لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها الخراج ، وكما لارق على العرب فكذا لاخراج في أرضهم (قوله وفي الجامع الصغير ، إلى قوله : فهي أرض خراج) يعني سواء قسمت بين الغانمين أو أقر أهلها عليها ، وذكر لفظ (٥ - فتح القدير حتى - ٦)

قال (ومن أحيا أرضا مواتا فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها ، فإن كانت من حيز أرض الخراج) ومعناه بقربه (فهي خراجية ، وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية

القدوري في الجامع الصغير إلى آخره ، وهنا المخالفة ظاهرة ؛ فإن قول القدوري : كل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج مطلق ، فهو أعم من أن يصل إليها ماء الأنهار أو لا يصل بأن استنبط فيها عين ، ولفظ الجامع قيد خراجيتها بأن يصل إليها ماء الأنهار ، ونحن نقطع أن الأرض التي أقر أهلها عليها لو كانت تسقى بعين أو بماء السماء لم تكن إلا خراجية لأن أهلها كفار . والكفار لو انتقلت إليهم أرض عشرية ومعلوم أن العشرية قد تسقى بعين أو بماء السماء لا تبقى على العشرية بل تصير خراجية في قول أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد ، فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر : ثم كونها عشرية عند محمد إذا انتقلت إليه كذلك ، أما في الابتداء فهو أيضاً بمنع ، والعبارة التي نقلها عن الجامع في غاية البيان ليست كما في الهداية . فإنه قال : ولفظ الجامع الصغير: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال : كل أرض فتحت عنوة بالقتال فصارت أرض خراج ، وكل شيء يصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج ، وكل شيء لم يصل إليها ماء الأنهار فاستخرج فيه عين فهي أرض عشر والأراضي التي أسلم أهلها عليها فهي أرض عشر . فقوله وكل شيء يصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج عطف على كل أرض فتحت عنوة ، والعطف يوجب المغايرة فيصير المعنى : وكل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج ، وكل أرض لم تفتح عنوة ووصفها أنها يصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج . وحاصله تقسيم أرض الخراج إلى ما يفتح عنوة وإلى ما لم يفتح عنوة لكنها تسقى بماء الأنهار . نعم يجب تقييد الأول بأن يقر أهلها بالضرورة ، وكان هذا معلوم ، إذ لا يبتدأ المسلم في أول الفتح قط بتوظيف الخراج في الأراضي المقسومة كما يجب تقييد الأنهار فإنها لا تكون خراجية ما لم تكن حولها الأنهار العظام كالنيل والفرات . والحاصل أن التي فتحت عنوة إن أقر الكفار عليها لا يوظف عليهم إلا الخراج ولو سقيت بماء المطر ، وإن قسمت بين المسلمين لا يوظف إلا العشر وإن سقيت بماء الأنهار ، وإن كان كذلك فبالضرورة يراد الأرض التي أحيها محي ، فإن التي فتحت عنوة مما يبتدأ فيها التوظيف غير المقسومة ، والمقرر أهلها عليها ليس إلا الموات التي أحييت ، ويصير المعنى كل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج إذا أقام أهلها عليها ، وكل أرض لم تفتح عنوة بل أحيها مسلم إن كان صفها أنها يصل إليها ماء الأنهار فهي خراجية أو ماء عين ونحوه فعشرية ، وهذا قول محمد وهو قول أبي حنيفة ، ولو شرحه هكذا استغنى به عن ذكر المسئلة التي تليه فإنها هي . وحاصلها أن محمداً قال فيمن أحيا أرضاً ميتة بئر حفرها أو عين استخرجها أو ماء دجلة والفرات أو باقي الأنهار العظام التي لا يملكها أحد أو بالمطر فهي عشرية ، وإن أحيها بماء الأنهار التي شققها الأعاجم مثل نهر الملك ونهر يز دجرد وهو ملك من العجم فهي خراجية ، لأن الاعتبار في مثله للماء لأنه السبب لنماء الأرض ، ولأنه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كرها فيعتبر السقي لأن السقي بماء الخراج دلالة على التزامه فتصير خراجية عليه (وعند أبي يوسف تعتبر بحيزها) أي بما يقرب منها (فإن كانت من حيز أرض الخراج : أي بقربه فخراجية أو أرض العشر فعشرية) لأن القرب من أسباب

الجامع الصغير لهذه الفائدة (قوله ومن أحيا أرضاً مواتاً فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها) قيل هذا الإطلاق محمول على المقيد ، وهو ما إذا كان المحي مسلماً ، وأما إذا كان ذمياً فعليه الخراج وإن كانت من حيز أرض

(والبصرة عنده عشرية بإجماع الصحابة لأن حيز الشيء يعطى له حكمه ، كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به : وكذا لا يجوز أخذه ما قرب من العامر ، وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية لأنها من حيز أرض الخراج ، إلا أن الصحابة وظفوا عليها العشر فترك القياس لإجماعهم) وقال محمد : إن أحيائها بيئر حفريها أو بعين استخراجها أو ماء دجلة أو الفرات أو الأنهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية) وكذا إن أحيائها بماء السماء (وإن أحيائها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم) مثل نهر الملك ونهر يزجد (فهي خراجية) لما ذكرنا من اعتبار الماء إذ هو السبب للنماء ولأنه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لأن السقي بماء الخراج دلالة الزامة . قال (والخراج الذي وضعه عمر على أهل السواد من كل

الترجيح فترجح كونها خراجية بالقرب من أرض الخراج وعشرية كذلك ، وأصله أفنية الدور أعطى له في الشرع حكمها حتى جاز لصاحب الدار الانتفاع بفنائها وهو غير مملوك له ، ومن أجل أن له حق الانتفاع لو قال المستأجر للأجراء هذا فنائى وليس لي فيه حق الحفر ولكن احفروا فحفروا فلا ضمان عليهم في الاستحسان ، بل على المستأجر لأن كونه فناء بمنزلة كونه مملوكا في انطلاق يده في التصرف من إلقاء الطين والحفر وربط الدابة ، غير أن أبا يوسف استثنى البصرة من ضابطه فإنها عشرية عنده وإن كانت من حيز أرض الخراج لإجماع الصحابة على جعلها عشرية كما ذكره أبو عمر بن عبد البر وغيره فترك القياس فيها لذلك . هذا وقد ظهر من قوله ولأنه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم إلى آخره أن المراد بموضوع المسئلة : أعنى قوله ومن أحيأ أرضا مواتا لمسلم ، ولا بد من ذلك لأنه لو أحيأها ذي كانت خراجية سواء سقيت عند محمد بماء السواء أو نحوه أولا ، وسواء كانت عند أبي يوسف من حيز أرض الخراج أو العشر وظهر منه أيضا أن كون المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج كما ذكره محمد في الزيادات هو فيما إذا لم يكن منه صنع يستدعى ذلك وهو السقي بماء الخراج ، وهذا لأن الخراج جزاء المقاتلة على جبايتهم فما سقى بما حموه وجب فيه (قوله والخراج الذي وضعه عمر رضى الله عنه على أهل السواد من كل

العشر ، وإذا كان هذا مقيدا بكونه مسلما وجب أن يقيد قولهم المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بأنه إذا لم يكن منه صنع يقتضى ذلك وهو السقي من ماء الخراج ، إذ الخراج يجب جبرا للمقاتلة فيختص وجوب الخراج بما يسقى بماء ختة المقاتلة ، والماء الذي حته المقاتلة ماء الخراج ، فلهذا يجب الخراج إذا سقاه بماء الخراج ، إلى هذا أشار شمس الأئمة (قوله والبصرة عنده عشرية) جواب إشكال يرذ على قول أبي يوسف فيما ذكر أن الإحياء في حيز الأرض الخراجية يجعل الأرض خراجية ، والبصرة في حيز الأرض الخراجية وإن أحيأ فيها مسلم يجب عليه العشر . ووجهه أن القياس ذلك لكن ترك ذلك بإجماع الصحابة (قوله لأن حيز الشيء يعطى له حكمه) دليل أبي يوسف على مذهبه (قوله كفناء الدار) يعنى فناء الدار يعطى له حكم الدار في حق الانتفاع وإن لم يكن الفناء مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بملكه ، فكذا هاهنا تعطى هذه الأرض الحياة حكم جوارها لاتصالها به ، ولا يظن في إعادة قوله وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية تكرار لأن الأول رواية القدوري والثاني ذكره شرحا لذلك . ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد ، ويزجد ملك من ملوك العجم (قوله لما ذكرنا) من قبل إشارة إلى قوله لأن العشر يتعلق بالأرض النامية ونماؤها بمائها . قال (والخراج الذي وضعه عمر رضى الله عنه) اعلم أن الخراج على نوعين : خراج وظيفة وهو أن يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض (في كل

(قوله وهو السقي من ماء الخراج الخ) أقول : لا يخفى عليك أن هذا الكلام إنما يناسب منسوب محمد ، وإلا فأبو يوسف لا يعتبر السقي من ماء الخراج ، فلا وجه لإيراد هذا المقام ظاهرا فاعلم .

جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ، ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم) وهذا هو المنقول عن عمر ، فإنه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق ، وجعل حذيفة مشرفا عليه ، فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ماقلنا ، وكان ذلك بمحض من الصحابة من غير تكبير فكان إجماعا منهم .

جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع (ثمانية أراطال خلافا لأبي يوسف . نص على أنه الصاع أبو يوسف ومحمد فقال أبو يوسف : حدثني السري عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل أرض يبلغها الماء عملت أولم تعمل درهما ومختوما . قال عامر : هو الحجاجي وهو الصاع انتهى . وعامر هو الشعبي . وقال محمد في الأصل : فما كان من أرض الحراج من عامر أو عامر بما يبلغه الماء مما يصلح للزرع ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة زرع ذلك صاحبه في السنة مرة أو مرارا أو لم يزرعه كله سواء ، وفيه كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع . والقفيز قفيز الحجاج وهو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ثمانية أراطال ، والمراد من القفيز المأخوذ قفيز مما زرع حنطة أو شعيرا أو عدسا أو ذرة ، قاله الطحاوي واستحسن . والدرهم مايوزن سبعة . والمراد من الجريب أرض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة فهو سبع قبضات لأن ذراع العامة ست وقوله في الكافي ما قيل الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في أراضيهم وليس بتقدير لازم في الأراضي كلها ، بل جريب الأرض يختلف باختلاف البلدان ، فيحترق في كل بلد متعارف أهله يقتضي أن الجريب يختلف قدره في البلدان ، ومقتضاه أن يتحد الواجب وهو قفيز ودرهم مع اختلاف المقادير ، فإنه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف أخرى فيه خمسون ذراعا ، وكذا ما قيل الجريب مايبلغ فيه مائة رطل ، وقيل مايبلغ فيه من الحنطة ستون منا ، وقيل خمسون في ديارهم . والمعول عليه ما في الهداية وغيرها : وأما جريب الرطبة ففيه خمسة دراهم ولا شيء فيه من الحراج (وفي جريب الكرم المتصل والنخيل المتصلة عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضى الله عنه) فقيد الاتصال يفيد أنها لو كانت متفرقة في جوانب الأرض ووسطها مزروعة فلا شيء فيها ، بل المعتبر وظيفة عمر رضى الله عنه في الزرع ، وكذا لو غرس أشجارا غير مثمرة ، ولو كانت الأشجار ملتفة لا يمكن زراعتها فهي كرم ذكره في الظهيرية . وفي شرح الطحاوي : لو أنبت أرضه كرما فعليهخراجها إلى أن يطعم ، فإذا أطمع فإن كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم ، وإن كان أقل فنصفه إلى أن ينقص عن قفيز ودرهم وإن نقص فعليه قفيز ودرهم . وفي رواية عليه وظيفة الأرض إلى أن يطعم الكرم . ثم ذكر المصنف الرواية عن عمر رضى الله عنه بذلك (قال) إنه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق (وهو الذي أنجى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين علي بن أبي طالب رضى الله عنهما حين آخى بين المهاجرين والأنصار) وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ماقلنا ، وكان بمحض من الصحابة رضى الله عنه من غير تكبير فكان إجماعا منهم) قال شارح في قوله ووضع على ذلك ماقلنا إنه سهو ، بل يقال ووضع ذلك على ماقلنا : أى وضع الحراج . ولا يخفى أن مرجع اسم الإشارة الست وثلاثون ألف ألف : أى

جريب) وهو أرض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة (قفيز هاشمي وهو الصاع) من حنطة أو شعير على ما قال الإمام قاضيه خان في فتواه أو مما يزرع فيها على ما ذكر في شرح الطحاوي (ودرهم)

ولأن المون متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة والرطاب بينهما ، والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم أعلاها وفي الزرع أدناها وفي الرطبة أوسطها .

وضع على الجربان المقادير التي ذكرناها ولا سهو ينسب إلى قائل هذا ، وقد تقدم رواية أبي يوسف به ، وهو منقطع ، لأن الشعبي لم يدرك عمر رضي الله عنه . واعلم أن الرواية عن عمر اختلفت كثيرا في تقدير الوظيفة ، فروى ابن أبي شيبة : حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال : وضع عمر رضي الله عنه على أهل السواد على كل جريب أرض يبلغه الماء عامر أو غامر درهما وقفيزا من طعام ، وعلى البساتين على كل جريب عشرة دراهم وخمسة أفقرة من طعام ، وعلى الرطاب على كل جريب أرض خمسة دراهم وخمسة أفقرة من طعام ، وعلى الكروم على كل جريب أرض عشرة دراهم وعشرة أفقرة ، ولم يضع على النخل شيئا جعله تبعا للأرض . ثم حدث عن أبي أسامة عن قتادة عن أبي مجاز قال : بعث عمر عثمان بن حنيف على مساحة الأرض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة دراهم ، وعلى جريب النخل ثمانية دراهم ، وعلى جريب القصب ستة دراهم : يعني الرطبة ، وعلى جريب البر أربعة دراهم ، وعلى جريب الشعير درهمن . وقال أبو عبيد في كتاب الأموال : حدثنا هشيم بن بشير : أنبأنا العوام بن حوشب عن إبراهيم التيمي قال : لما افتتح المسلمون فساق الحديث بطوله إلى أن قال : فسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من أرض أهل الذمة فجعل على جريب النخل عشرة دراهم ، وعلى جريب العنب ثمانية دراهم ، وعلى جريب القصب ستة دراهم ، وعلى الجريب من البر أربعة ، وعلى الجريب من الشعير درهمن ، وفيه قال : فأخذ من تجارهم من كل عشرين درهما درهما ، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرضى به ، فقد رأيت ما هنا من الاختلاف وما لك رحمه الله يعتبر لإجارة الإمام لأنها وقف على المسلمين عنده فتقوض إلى إجارته كما هو الرسم الآن في أراضي مصر ، فإن المأخوذ الآن بدل إجارة لإخراج ، ألا ترى أن الأراضي ليست مملوكة للزرع ، وهذا بعد ما قلنا إن أرض مصر خراجية ، والله أعلم بأنه لموت المالكين شيئا فشيئا من غير إخلال ورثة فصارت لبيت المال ، وينبغي على هذا أن لا يصح بيع الإمام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها لأن نظره في مال المسلمين كنظر ولي اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره إلا لضرورة عدم وجود ما ينفقه سواء ، فلذا كتبت في فتوى رفعت إلى في شراء السلطان الأشرف برسباي رحمه الله لأرض ممن ولله نظر بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه ؟ فكتبت : إذا كان بالمسلمين حاجة والعياذ بالله جاز ذلك . وأحمد في رواية كمالك ، وفي رواية في جريب حنطة أو شعير درهم ، والباقي كقولنا . وقيل كل الروايات عن عمر صحيحة ، وإنما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع بعضها أقل وبعضها أكثر لتفاوت الربح في ناحية مع ناحية ، وما قلنا أشهر رواية وأرق بالريعية . ثم ذكر المصنف المعنى في اختلاف الوظيفة فقال (ولأن المون متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة) لأنه يبقى على الأبد بلا مؤنة وأكثرها ريعا (والمزارع) أقلها ريعا و (أكثرها مؤنة) لاحتياجها إلى البذر وموئ الزراعة من الحراثة والحصاد والدياس والتذرية في كل عام (والرطاب بينهما) لأنها لا تدوم دوام الكرم ويتكلف في عملها كل عام فوجب تفاوت الواجب بتفاوت المؤنة ، أصله قوله عليه الصلاة والسلام « ما سقت السماء ففيه العشر ، وما سقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر »

(قوله فالكرم أخفها) يعني وأكثرها ريعا . لأنه يبقى على الأبد بلا مؤنة (والمزارع أكثرها مؤنة) لاحتياجها إلى الزراعة وإلقاء البذر في كل عام (والرطاب بينهما) لأنها تبقى أعواما ولا تدوم دوام الكروم فكانت مؤنتها فوق مؤنة الكروم ودون مؤنة المزارع . وخارج مقاسمة وهو أن يكون الواجب شيئا من الخارج كالخمس والسدس

قال (وما سوى ذلك من الأصناف كالزعران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة) لأنه ليس فيه توظيف عمر وقد اعتبر الطاقة في ذلك فاعتبرها فيما لا توظيف فيه . قالوا : ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لايزاد عليه ، لأن التنصيف عين الإنصاف لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغائمين . والبستان اكل أرض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار أخر ، وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الأراضي كلها وترك كذلك لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أى شئ كان . قال (فإن لم تطق ما وضع عليها نقصهم الإمام) والنقصان عند قلة الريج جائز بالإجماع ؛ ألا ترى إلى قول عمر : لعلكما حملتما الأرض مالا تطيق ، فقالا : لا بل حملناها ماتطيق ، ولو زدنا لأطقت . وهذا يدل على جواز النقصان ، وأما الزيادة عند زيادة الريج يجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان وعند أبي يوسف لا يجوز لأن عمر لم يزد حين أخبر بزيادة الطاقة ، وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه)

(قوله وما سوى ذلك) أى من الأراضي التي فيها أصناف غير ماوظف فيه عمر رضى الله عنه (كالزعران) والنخيل الملتفة (والبستان) وهو أرض يحوطها حوائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار ، وكذا غير ذلك كالنخيل الملتفة (يوضع على ذلك بحسب الطاقة) فيوضع على النخيل الملتفة بحسب ماتطيق ، ولا يزداد على الكرم ، وعلى جريب الزعران كذلك ينظر في ذلك كله إلى غلتها ، فإن لم تبلغ سوى غلة الزرع يؤخذ قدر خراج الزرع أو الرطبة يؤخذ خراج الرطبة أو الكرم فالكرم ، وإنما ينتهى إلى نصف الخارج (لأن التنصيف) بعد ما كان لنا أن نقتلهم ونتملك رقاب الأراضي والأموال (عين الإنصاف . قوله فإن لم تطق ماوضع عليها) بأن لم يبلغ الخارج منها ضعفه نقص إلى نصف الخارج ، كذا أفاده في الخلاصة حيث قال : فإن كانت الأراضي لا تطيق أن يكون الخراج خمسة بأن كان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز أن ينقص حتى يصير مثل نصف الخارج انتهى . وفي هذا لافرق بين الأرضين التي وظف عليها عمر رضى الله عنه ثم نقص نزلها وضعت الآن أو غيرها . وأجمعوا أنه لا يجوز الزيادة على وظيفة عمر رضى الله عنه في الأراضي التي وظف فيها عمر رضى الله عنه أو إمام آخر مثل وظيفة عمر ذكره في الكافي . وأما في بلد لو أراد الإمام أن يبتدئ فيها التوظيف فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يزيد ، وقال محمد وهو قول مالك وأحمد ورواية عن أبي يوسف وقول الشافعي : له ذلك ، ومعنى هذا إذا كانت الأرض التي فتحت بعد الإمام عمر رضى الله عنه تزرع الحنطة فأراد أن يضع عليها درهمن وقفيزا وهي تطيقه ليس له ذلك . وعند محمد له ذلك اعتبارا بالنقصان ، وهذا يؤيد ما ذكرته من حل الأرض في قوله فإن لم تطق ماوضع عليها على ما يشمل أرض عمر رضى الله عنه ، ومنعه أبو يوسف بأن عمر رضى الله عنه لم يزد حين أخبر بزيادة طاقة الأرض ، ففي البخارى من حديث عمرو بن ميمون : أخاف أن تكونا حملتما الأرض مالا تطيق ، قالا : حملناها أمرا هي له مطيقة ما فيها كبير فضل . وروى عبد الرزاق قال : أخبرنا معمر عن علي بن الحكم البناني عن محمد بن زيد عن إبراهيم قال : جاء رجل إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال : أرض كذا وكذا يطبقون من الخراج أكثر مما عليهم ، فقال : ليس إليهم سبيل (قوله وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه)

ونحو ذلك (لأنه ليس فيه توظيف عمر) فاعتبر فيه الطاقة كما اعتبرها في الموظف ، ومن الإنصاف أن لايزاد على النصف (قوله والبستان اكل أرض يحوطها حائط) ظاهر (وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع عنها فلا خراج عليه) بالاتفاق

لأنه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعتبر فى الخراج ، وفيما إذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديرى فى بعض الحول وكونه ناميا فى جميع الحول شرط كما فى مال الزكاة أو يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخراج . قال (وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج) لأن التمكن كان ثابتا وهو الذى فوته .

أما فى غلبة الماء أو انقطاعه (فلأنه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعتبر فى الخراج) وأما فى الاصطلام فلفوت (النماء التقديرى فى بعض الحول ، وكونه ناميا فى جميع الحول شرط كما فى مال الزكاة ، أو يدار الحكم على حقيقة الخراج عند الخروج) لأن التمكن من الزراعة قائم مقامه ، فإذا وجد الأصل بطل اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالأصل . واعلم أن أكثر المشايخ حملوا المذكور فى الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام على ما إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن الزراعة ثانيا ، فإن بئى لا يسقط الخراج لأنه عطلها . وفى الفتاوى الكبرى : تكلموا أن المعتبر فيه زراعة الحنطة أو الشعير أم أتى زرع كان ، وأن المعتبر مدة ترك الزرع فيها أو مدة يبلغ الزرع فيها مبلغا يكون قيمته ضعف الخراج . والفتوى على أنه مقدّر بثلاثة أشهر وهو لا ينافى الوجه الثانى لأن إدارة الحكم على حقيقة الخراج إن أسقط الواجب منه لا يمنع الإيجاب بالتعطيل فيها بعده من الزمان . وأما الوجه الأول فصريح فى نفي الوجوب وإن بئى إمكان الزراعة إلى آخر السنة ، ولم يذكر كثير من المشايخ هذا ، وإعادة الزرع تستدعى موتا كالأول ، فإن أخرج شيئا فقصاراه أن يبنى بالخراجين فأخذ الخراج إذا لم يزرع والحالة هذه تخير أصل مال الزارع وكذا إن زرع (قوله وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج لأن التمكن) من الزراعة (كان ثابتا وهو الذى فوته) أى فوت الزرع وهذا بشرط التمكن كما يفيد قوله لأن التمكن كان ثابتا ، فأما إذا لم يتمكن لعدم قوته وأسبابه للإمام أن يدفعها لغيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقي ، أو يوجرها ويأخذ الخراج من الأجرة ، أو يزرعها بنفقة من بيت المال ، فإن لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها خراج السنة المتسلخة ودفع باقى الثمن لصاحبها ثم استمر بأخذ الخراج من المشتري . وهذا وإن كان نوع حبر فقيه دفع ضرر العامة بإثبات ضرر واحد وهو جائز كما قلنا فى الحجر على المكاري المفسد والطبيب

(لأنه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعتبر فى الخراج ، وفيما إذا اصطلم الزرع آفة) أى استأصله حر شديد أو برد شديد أو نحو ذلك فلا خراج أيضا . (لأنه فات النماء التقديرى) الذى أقيم مقام النماء الحقيقى (فى بعض الحول وكونه ناميا فى جميع الحول شرط كما فى مال الزكاة) فإن من اشترى جارية للتجارة فضى عليها ستة أشهر ثم نواها للخدمة سقطت الزكاة لأنها لم تبق نامية فى جميع الحول (أو) يقال (يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخراج) يعنى أن النماء التقديرى كان قائما مقام الحقيقى ، فلما وجد الحقيقى تعلق الحكم به لكونه الأصل وقد هلك فيه لك معه الخراج . فإن قيل : إذا استأجر أرضا للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم تسقط الأجرة فبالفرق بينه وبين الخراج ؟ أجيب بأن الأجر يجب إلى وقت هلاك الزرع لابعده ، وليس الأجر كالخراج لأنه وضع على مقدار الخراج إذا صلحت الأرض للزراعة ، فإذا لم يخرج شيء جاز إسقاطه ، والأجر لم يوضع على مقدار الخراج فجاز لإيجابه وإن لم يخرج . ثم قال مشايخنا : ما ذكر فى الكتاب أن الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن أن تزرع الأرض ثانيا ، أما إذا بئى فلا يسقط الخراج . قال (وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج) إذا عطل الأرض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لأن التمكن كان ثابتا وهو الذى فوته . قيل هذا إذا كانت الأرض صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة وعطلها ، أما إذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته وأسبابه فللإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويسمى الباقي له ، وإن شاء آجرها وأخذ ذلك من الأجرة ، وإن شاء

قالوا : من انتقل إلى أخس الأمرين من غير عذر فعليه خراج الأعلى لأنه هو الذي ضيع الزيادة ، وهذا يعرف ولا يفتى به كى لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس (ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فأمكن إبقاؤه على المسلم (ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا ، وقد صح أن الصحابة اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها ،

الجاهل . ولو وقع البيع في أثناء السنة فإن بقي منها قدر ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه وإلا على البائع ، وما عن أبي يوسف أنه يدفع للعاجز كفأته من بيت المال قرضاً ليعمل فيها صحيح أيضاً . ومن فروع ذلك (ما إذا انتقل إلى أخس الأمرين من غير عذر) بأن كانت مثلاً ترويع الكرم فزرعها حبوباً (أخذ منه خراج الأعلى) وهو الكرم (لأنه هو الذي ضيع الزيادة) على المسلمين قالوا : لا يفتى بهذا لما فيه من تساط الظلمة على أموال المسلمين إذ يدعى كل ظالم أن أرضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب (قوله ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) وعند مالك والشافعي يسقط عنه الخراج ، وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا خلافاً لمالك في رواية ، وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لما فيه من معنى الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم . وقوله (لما قلنا) من أن فيه معنى المؤنة والمسلم من أهل المؤنة كالعشر والأرض لا تخلو منها ، فإبقاء ما تقرر واجباً أولى ، ولأن وضع عمر رضي الله عنه بموافقة جماعة من الصحابة ما كان إلا ليجد الذين يبيعون من المسلمين بعد أهل الفتح ما يسد حاجتهم ، وفتح هذا الباب يؤدي إلى فوات هذا المقصود ، فإن الإسلام غير بعيد بعد مخالطة المسلمين ومعرفة محاسنه أو تقية من الكلفة وتحشم المشاق في الزراعة ثم دفع نحو النصف للغير . قال المصنف (وقد صح أن الصحابة اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها) قال البيهقي : قال أبو يوسف : القول ما قال أبو حنيفة أنه كان لابن مسعود وخباب بن الارت والحسين بن علي ولشريح أرض الخراج فدل على انتفاء كراهة تملكها . حدثنا مجالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي أنه قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه : إني اشتريت أرضاً من أرض السواد ، فقال : عمر : أنت فيها مثل صاحبها . قال البيهقي : وأخبرنا أبو سعيد ، حدثنا أبو العباس الأصم ، حدثنا الحسن بن علي بن عفان ، حدثنا يحيى بن آدم قال : حدثنا حسن بن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال : أسلمت امرأة من أهل نهر الملك ، فكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه : إن اختارت أرضها وأدت ما على أرضها من الخراج فخلوا بينها وبين أرضها ، وإلا فخلوا بين المسلمين وبين أرضهم . وروى عبد الرزاق . وابن أبي شيبه : حدثنا الثوري عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب أن دهقانة من أرض نهر الملك أسلمت ، فقال عمر : ادفعوا إليها أرضها تؤدى عنها الخراج . وقال ابن أبي شيبه وعبد الرزاق في مصنفيهما : حدثنا هشيم بن بشير عن شيكان بن الحكم عن زبير بن عدي أن دهقاناً أسلم على عهد علي رضي الله عنه

زرعها بنفقة من بيت المال ، فإن لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ الخراج من ثمنها ، وهذا بلا خلاف وإن كان فيه نوع حرج وهو ضرر ولكنه إلحاق ضرر بواحد للعامة (قوله قالوا) يعني المشايخ (من انتقل إلى أخس الأمرين من غير عذر) بأن كانت الأرض صالحة للزراعة للأعلى وهو الزعفران مثلاً فزرع الشعير مثلاً (وجب خراج الزعفران لأنه هو الذي ضيع الزيادة ، وهذا يعرف ولا يفتى به كى لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس) ورد بأنه كيف يجوز الكتمان وأنهم لو أخطوا كان في موضعه لكونه واجباً ، وأجيب بأن لو أفتينا بذلك لادعى كل ظالم في أرض ليس شأنها ذلك أنها قبل هذا كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان (قوله ومن أسلم من أهل الخراج) ظاهر .

فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة (ولا عشر في الخارج من أرض الخراج) وقال الشافعي: يجمع بينهما لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم»

عنه، فقال علي: «إن أقمت في أرضك رفعنا عنك الخراج عن رأسك وأخذناها من أرضك، وإن تحولت عنها فنحن أحق بها». وقال ابن أبي شيبة: حدثنا حفص بن غياث عن محمد بن قيس عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي عن عمر وعلي قالا: إذا أسلم وله أرض وضعنا عنه الجزية وأخذنا خراجها. قال المصنف (فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة) وصرح في كافي الحاكم بنى الكراهة. قيل: ولو قال من المسلم كان أولى، وهو بناء على تعليقه بلفظ أخذ وهو غير مقصود، فإن الأخذ يقوم بالإمام، وليس المقصود إفادة أنه هل يكره للإمام أخذ الخراج من المسلم، بل المقصود إفادة حكم شراء المسلم الأرض الخراجية وتعهضه بذلك للأخذ منه، هل يكره له ذلك أو لا؟ فيجب لفظ للمسلم ليعتبر بالشراء في قوله فدل على جواز الشراء للمسلم وعدم الكراهة، لا كما يقول بعض المتقشفة رحمة الله عليهم ورحمتنا بهم من كراهة ذلك؛ لما روى «أنه عليه الصلاة والسلام رأى شيئا من آلات الحراثة فقال: ما دخل هذا بيت قوم إلا ذلوا» ظنا منهم أن الدل بالزام الخراج، وليس كذلك، بل المراد أن المسلمين إذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر قعدوا عن الغزو فكر عليهم عدوهم فجعلوهم أذلة لا مذكروه، إذ لا شك في أنه يجوز للمسلم التزام ما لا يجب عليه ابتداء؛ ألا ترى أنه لو تكفل بجزية ذبي جاز بلا كراهة (قوله ولا عشر في الخارج من أرض الخراج). وقال الشافعي (ومالك وأحمد (يجمع بينهما لأنهما حقان مختلفان) ذاتا، فإن للعشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج مؤنة فيها معنى العقوبة، ومجلا فإن العشر في الخراج والخراج في الزمة، وسببا لأن سبب العشر الأرض النامية بالخارج تحقيقا، وسبب الخراج الأرض النامية به تقديرا ومصرفا، فصرفت العشر الفقراء، ومصرف الخراج المقاتلة وقد تحقق سبب كل منهما، ولا منافاة بين الحقين فيعجبان كوجوب الدين مع العشر والخراج. قال المصنف (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم») وهو حديث ضعيف ذكره ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عنبسة: حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا يجتمع على مسلم خراج وعشر»

(قوله من غير كراهة) احتراز عما يقوله المتقشفة وهم طائفة من الصوفية إنه مكروه، لأن النبي صلى الله عليه وسلم رأى شيئا من آلات الحراثة فقال: «ما دخل هذا بيت قوم إلا ذلوا» ظنوا أن المراد بالذل التزام الخراج وليس كذلك، بل المراد أن المسلمين إذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كره عليهم عدوهم وجعلهم أذلة، ولأن الضغار إن كان قائما يكون في الرضع ابتداء وأما بقاء فلا، بخلاف خراج الرعوس فإنه ذل وصغار ابتداء وبقاء فلذلك لا يبقى بعد الإسلام. (قوله وجبا في محلين بسببين مختلفين) يعني والمصرفين مختلفين، أما اختلاف المحل فلأن الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج، وأما اختلاف السبب فلأن سبب الخراج الأرض النامية تقديرا، وسبب العشر الأرض النامية تحقيقا، وأما اختلاف المصروف فلأن مصروف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقراء (فلا يتنافيان) لأن الثنائي إنما يتحقق باتحاد المحل (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم») رواه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن النبي صلى الله عليه وسلم.

(قال المصنف: وأدائه للمسلم من غير كراهة) أقول: قال الإيتاني: لو قال من المسلم لكان أول إم فيه تأمل.

ولأن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما ، وكفى بإجماعهم جمعة ؛ ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا ، والعشر في أرض أسلم أهلها طوعا ، والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة ، وسبب الحقين واحد وهو الأرض النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ، ولهذا يضافان إلى الأرض ،

ويحيى بن عنبسة مضعف إلى غاية حتى نسب إلى الوضع وإلى الكذب على أبي حنيفة ، وإنما رواه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم فجعاء يحيى وصله . نعم إنما روى عن التابعين مثل النخعي والشعبي وعكرمة كما ذكرناه ، ورواه ابن أبي شيبة عن الشعبي : حدثنا إبراهيم بن المغيرة حدثني لعبد الله بن المبارك عن حمزة السلولي عن الشعبي قال : « لا يجتمع عشر وخراج في أرض » . وقال : حدثنا أبو نعيم ، حدثنا يحيى بن واضح عن أبي المنيب عن عكرمة قال : « لا يجتمع عشر وخراج في مال » . وحاصل هذا كما ترى ليس إلا نقل مذهب بعض التابعين ولم يرفعه فيكون حديثا مرسلا . وقد نقل ابن المبارك الجمع بينهما مذهباً لجماعة آخرين فهذا نقل المذاهب لاستدلال . وأما قوله (ولأن أحدا من الأئمة إلى آخره) فقد منع بنقل ابن المنذر الجمع في الأخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم ، وعدم الأخذ من غيره جازكونه لتفويض الدفع إلى المالك فلم يتعين قول صحابي بعلم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم على أن فعل عمر بن عبد العزيز يقتضي أن ليس عمر رضي الله عنه على منع الجمع لأنه كان متبعا له مقتفيا لأثاره ، وما ذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه في جواب السائل في مسألة خمس الجزية والخراج إذا رجعت إليه بفيلك ذلك ، ثم المصنف منع تعدد السبب وجعل السبب فيهما معا الأرض ، ولا مانع أن يتعلق بالسبب الواحد وهو الأرض هنا وظيفتان مع أن العمومات تقتضيه مثل قوله عليه الصلاة والسلام « ماسقت السماء ففيه العشر » فإنه يقتضي أن يؤخذ مع الخراج إن كان ، ولأن تعدد الحكم واتحاده بتعدد السبب واتحاده ، وسبب كل من الخراج والعشر الأرض النامية (إلا أنه يعتبر النماء في العشر تحقيقا) لأنه اسم إضافي فلم يتحقق خارج لا يتحقق عشره (وفي الخراج تقديرا ، ولهذا يضافان إليها) فيقال خراج الأرض وعشر الأرض والإضافة دليل السببية ، وكون الأرض مع النماء التقديري غير الأرض مع التحقيق مخالفة اعتبارية لاحقيقية ، فالأرض النامية هي السبب ، وإذا اتحد السبب اتحد الحكم وصار كزكاة التجارة والسائمة ، فإن السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلا ، وهو مع ذلك لا يقال الغنم مع السوم غيرها مع قصد التجارة فيعجب كل منهما لتعدد السبب . وأما قوله (ولأن الخراج يجب في الأرض إذا فتحت عنوة وقهرا ، والعشر في الأرض إذا أسلم أهلها) عليها ، ولازم الأول الكره ولازم الثاني الطوع وهما متنافيان فلا يجتمعان ، فعلوم أن بعض صور الخراج يكون مع الفتح عنوة ، وهو ما إذا أقر أهلها عليها ، وكذا بعض صور العشر وهو ما إذا فتحت عنوة وقسمها بين الغاتمين ، كما أن بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة والقهر بل للصالح ، أو بأن أحيائها وسقاها بماء الأنهار الصغار ، أو كانت قريبة من أرض الخراج على الخلاف ، ومع ذلك فالذي يغلب على الظن أن الراشدين من عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم أجمعين لم يأخذوا عشرا من أرض الخراج وإلا لنقل كما نقل تفاصيل أخذهم الخراج بهذا تقضى العادة ، وكونهم فوضوا الدفع إلى المالك في غاية البعد ، أرأيت إذا كان العشر وظيفة في الأرض التي وظف فيها الخراج على أهل الكفر هل يقرب أن يتولوا أخذ وظيفة ويكفوا الأخرى إليهم ليس لهذا معنى ، وكيف وهم كفار لا يؤمنون على أدائه من طيب أنفسهم ، وإذا كان الظن عدم أخذ الثلاثة صرح دليلا بفعل الصحابة خصوصا الخلفاء الراشدين ويكون إجماعا .

(قوله والوصفان لا يجتمعان) لأن الطوع ضد الكره الحاصل من القهر ، وإذا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان (قوله ولهذا يضافان إلى الأرض) يقال عشر أرض وخراج الأرض .

وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما (ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة) لأن عمر لم يوظفه مكررا ، بخلاف العشر لأنه لا يتحقق عشرا إلا بوجوبه في كل خارج ، والله أعلم .

(باب الجزية)

وذكر الإسيدي جاني : لا يجتمع الأجر والضمان عندنا والعقر والحد والجلد والنفي ، وكذا الرجم مع الجلد ، وزكاة التجارة مع صدقة الفطر . والشافعي يوافق في الجلد مع الرجم وما سواه يجمع (وكذا الزكاة مع أحدهما) أى العشر والخراج خلافا للشافعي . وصورته إذا اشترى أرض عشر أو خراج بقصد التجارة عليه العشر أو الخراج وليس عليه زكاة التجارة عندنا ، وإنما لم يعكس لأن العشر والخراج ألزم للأرض ، بخلاف الزكاة فإنه يشترط فيها ما لا يشترط فيهما (قوله ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة ، لأن عمر رضى الله عنه لم يوظفه مكررا) في سنة بتكرر الخراج على الطريقة التي قلنا ، وقد يوازي بها تعلق الخراج بالتمكين فيستويان ، فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكين وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مرارا ، والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخراج وخفة بتعلقه بعين الخراج ، فإذا عطلها لا يؤخذ بشيء ، فإن أثبتت الخفة للعشر مطلقا باعتبار الأغلب وهو عدم تكرر الزرع في العام . قلنا : وكذلك ليس في الغالب أن تعطل الأرض من الزراعة بالكلية ، ويؤخذ الخراج من أرض المرأة والصبي والأراضي الموقوفة لأن وقفها لإخراج من مستحق إلى مستحق وبذلك لا يبطل الخراج كالبيع والهبة ، وينبغي أن يطالب بذلك الناظر .

(باب الجزية)

هذا هو الضرب الثاني من الخراج ، وقدم الأول لقوته ، إذ يجب أسلموا أو لم يسلموا ، بخلاف الجزية وقوله (وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما) أى العشر أو الخراج . صورته : رجل اشترى أرض عشر أو خراج للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج عندنا ، وعند محمد أن عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج وهو قول الشافعي . ومفرعهما توهم اختلاف المحلين أن محل العشر الخارج ومحل الزكاة عين مال التجارة وهو الأرض فلم يجتمعا في محل واحد ، فوجب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدين مع العشر . ولنا أن المحل واحد لأن كلا منهما مؤنة الأرض النامية ، وكذلك الزكاة وظيفة المال النامي وهو الأرض ، وكل منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى ، كما لا يجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد . وإذا ثبت أنه لا وجه للجمع بينهما . قلنا العشر والخراج صنارا وظيفتين لازمتين لهذه الأرض فلا يسقطان بإسقاط المالك وهو أسبق ثبوتا من زكاة التجارة التي كان وجوبها بنية فلهذا بقيت عشرية وخراجية كما كانت وبقوله وكل واحد منهما يجب حقا لله خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر ، فإن الدين يجب للعبد والعشر لله تعالى فلا تنافي بينهما فيجبان وإن كانا بسبب ملك واحد ، والباقي ظاهر .

(باب الجزية)

لما فرغ من ذكر خراج الأراضي ذكر في هذا الباب خراج الرعوس وهو الجزية ، إلا أنه قدم الأول لأن (قال المصنف : وعلى هذا الخلاف الزكاة) أقول : لو اشترى أرضا عشرية أو خراجية للتجارة ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا ، وعنده يجب الزكاة مع أحدهما ومحمد معه فيه ، ودلائل الطرفين مذكورة في الشروح .

(باب الجزية)

(وهي على ضربين : جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب مايقع عليه الاتفاق) كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألف ومائتي حلة ، ولأن الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدى إلى غير ماوقع عليه الاتفاق.

لا يلزمون بها إلا إذا لم يسلموا ، ولأنه حقيقة الخراج ، لأنه إذا أطلق الخراج فإنما يتبادر خراج الأرض ، ولا يطلق على الجزية إلا مقيدا فيقال خراج الرأس ، وعلامة المجاز لزوم التقييد ، وتجمع الجزية على جزى كلحية ولحنى وهي في اللغة الجزاء ، وإنما بنيت على فعلة للدلالة على الهيئة وهي هيئة الإذلال عند الإعطاء على ماسيعرف (وهي على ضربين : جزية توضع بالتراضي والصلح) عليها (فتتقدر بحسب ما عليه الاتفاق) فلا يزداد عليه تحرزا عن الغدر ، وأصله صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران وهم قوم نصارى بقرب اليمن على أئني حلة في العام على ما في أبي داود عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما ، قال : «صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على أئني حلة ، النصف في صفر ، والنصف في رجب» انتهى . وصالح عمر رضى الله عنه نصارى بنى تغلب على أن يؤخذ من كل منهم ضعف مايؤخذ من المسلم من المال الواجب ، فلزم ذلك وتقدم تفصيله في الزكاة : هذا ، وقد قال أبو يوسف في كتاب الخراج وأبو عبيدة في كتاب الأموال في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أهل نجران بعد أن قال على أئني حلة كل حلة أوقية : يعنى قيمتها أوقية ، وقول الولوالحي : كل حلة خمسون درهما ليس بصحيح لأن الأوقية أربعون درهما ، والحلة ثوبان إزار ورداء ، وتعتبر هذه الحلة في مقابلة مايؤخذ من رءوسهم وأراضيهم . قال أبو يوسف : ألفا حلة على أراضيهم وعلى جزية رءوسهم تقسم على رءوس الرجال الذين لم يسلموا ، وعلى كل أرض من أراضي نجران وإن كان بعضهم قد باع أرضه أو بعضها من مسلم أو ذمى أو تغلبى ، والمرأة والصبي في ذلك سواء في أراضيهم ، وأما جزية رءوسهم فليس على النساء والصبيان اه . يعنى أن ماوقع عليه الصلح يؤخذ سواء باع بعضهم أرضه أو لم يبع ، ثم إذا باع أرضه يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله ، ويؤخذ الخراج من المشتري المسلم وعشران من التغلبى المشتري . وقول المصنف على ألف ومائتي حلة غير صحيح ، وكذا قوله بنى نجران ، فإن نجران اسم أرض من حيز اليمن لا اسم أئني قبيلة ، فلذا كان الثابت

العشر يشاركه في سببه ، وفي العشر معنى القرية وبيان القربات مقدم . والجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع الجزى كاللحية واللحنى ، وإنما سميت بها لأنها تجزى عن الذمى : أى تقضى وتكفى عن القتل ، فإنه إذا قبلها سقط عنه القتل ، قال الله تعالى - قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله - إلى قوله - حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون - فإن قيل الكفر معصية وهو أعظم الكبائر فكيف يصح أخذ البدل على تقريره ؟ أجيب بأن الجزية لم تكن بدلا عن تقرير الكفر ، وإنما هى عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين فجاز كإسقاط القصاص بعوض ، أو هى عقوبة على الكفر فيجوز كالأسترقاق (قوله وهي على ضربين) ظاهر : ونجران بلاد وأهلها نصارى ، والحلة إزار ورداء هو المختار ، ولا تسمى حلة حتى تكون ثوبين . وقوله (ولأن الموجب هو التراضي) أى الموجب لتقرير ما وقع عليه الاتفاق من المال هو التراضي لا الموجب لوجوب الجزية ، فإن موجبه في الأصل

(قوله أجيب بأن الجزية ، إلى قوله : كالأسترقاق الخ) أقول : هذا الجواب مع سؤاله في شرح الإقناع ، إلا أن الأظهر في الجواب هو الشق الأول حيث يوجه الثاني جواز وضع الجزية على النسيان والزمن وأمثالهما ، ثم يجوز أن يجاب بأنه بدل عن النسيان لما سيجى . فليأمل . قال المصنف (كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم) أقول : الكاف للتعليل ولذلك صنف عليه قوله ولأن الموجب الخ .

(وجزية بيتدئ الإمام وضعها إذا غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم ، فيضع على الغنى الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم ، وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين ، وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما) وهذا عندنا . وقال الشافعي : يضع على كل حالم دينار أو ما يعدل الدينار ، الغنى والفقير في ذلك سواء لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ « خذ من كل حالم وحالة ديناراً »

في الحديث أهل نجران (و) الضرب الثاني (جزية بيتدئ الإمام بتوظيمها إذا غلب على الكفار) ففتح بلادهم (وأقرهم على أملاكهم) فهذه مقدرة بقدر معلوم شاعوا أو أبوا رضوا أو لم يرضوا (فيضع على الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما) بوزن سبعة (يأخذ من أحدهم في كل شهر أربعة دراهم ، وعلى أوسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين ، وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما) واحداً (وقال الشافعي : يضع على كل حالم أى بالغ (ديناراً) أو اثني عشر درهما . وقال بعض مشايخهم : الإمام مخير بينهما . والدينار في القواعد الشرعية بعشرة إلا في الجزية فإنه يقابل باثني عشر درهما ، لأن عمر قضى بذلك . وعند عامة أصحابهم لا يعتبر الدينار إلا بالسعر والقيمة . ويستحب للإمام أن يماكسهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغنى أربعة دنانير . وقال مالك رحمه الله : يؤخذ من الغنى أربعون درهما أو أربعة دنانير ، ومن الفقير عشرة دراهم أو دينار . وقال الثوري : وهو رواية عن أحمد : هي غير مقدرة ، بل تفوض إلى رأى الإمام « لأنه عليه الصلاة والسلام أمر معاذاً بأخذ الدينار ، وصالح هو عليه الصلاة والسلام نصاري نجران على ألى حالة » وعمر جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا ، وصالح بنى تغاب على ضعف ما يؤخذ من المسلمين . فهذا يدل على أنه لا تقدير فيها بشيء معين بل مفوض إلى رأى الإمام حتى لو نقص عن الدينار جاز . وعن أحد روايتان أخريان : إحداهما كقولنا ، والأخرى كقول الشافعي . وجه قوله مارواه أبو داود والترمذي والنسائي عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ قال : « بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن وأمرني أن آخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعاً أو تبيعة ، ومن كل أربعين مسنة ، ومن كل حالم ديناراً أو عدله معافر ، من غير فصل بين غنى وفقير » . قال الترمذي : حديث حسن . وذكر أن بعضهم رواه عن مسروق عن النبي صلى الله عليه وسلم مسلاً قال : وهو أصح . ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه فهذا كما ترى ليس فيه ذكر الحالة . وفي مسند عبد الرزاق : حدثنا معمر وسفيان الثوري عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذاً إلى أن قال : ومن كل حالم أو حالة دينار أو عدله معافر . وكان معمر يقول : هذا غلط ليس على النساء شيء وفيه طرق كثيرة فيها ذكر

اختيارهم البقاء على الكفر بعد أن غلبوا . وقوله (فيضع على الغنى الظاهر الغنى) قال الإمام فخر الإسلام : من ملك مادن المائتين أو لا يملك شيئاً لكنه معتمل فعليه اثنا عشر ، ومن ملك مائتي درهم فصاعداً إلى عشرة آلاف درهم وهو معتمل أيضاً فعليه أربعة وعشرين درهما ، ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعداً إلى مالا نهاية له وهو معتمل أيضاً فعليه ثمانية وأربعون . ثم قال : وإنما شرط المعتمل لأن الجزية عقوبة فإنما تجب على من كان من أهل القتال حتى لا يلزم الزمن منهم جزية وإن كان مفرطاً في اليسار . قال : والمعتمل هو الذي يقدر على العمل وإن لم يحسن حرفة . وكان الفقيه أبو جعفر يقول : ينظر إلى عادة كل بلد لأن عادة البلدان مختلفة في الغنى ، ألا ترى أن صاحب خمسين ألفاً يبلغ بعد من المكثرين وإن كان ببغداد أو بالبصرة لا يعد من المكثرين ، وفي بعض البلدان صاحب عشرة آلاف يعد من المكثرين ، فيعتبر عادة كل بلد . وذكر هذا القول عن أبي نصر

أو عدله معافر» من غير فصل . ولأن الجزية إنما وجبت بدلا عن القتل حتى لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنساء ، وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني : ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي ، ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار ، ولأنه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض ،

الحالمة . وقال أبو عبيد : وهذا والله أعلم فيما نرى منسوخ ، إذ كان في أول الإسلام نساء المشركين وولدانهم يقتلون مع رجالهم ، ويستضاء لذلك بما روى الصعب بن جثامة أن خيلا أصابت من أبناء المشركين ، فقال عليه الصلاة والسلام : هم من آبائهم . ثم أسند أبو عبيد عن الصعب بن جثامة قال : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أولاد المشركين أنقتلهم معهم ؟ قال : نعم فإنهم منهم ، ثم نهى عن قتلهم يوم خيبر . » والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس . وبالكسر المثل من الجنس . والمعافى ثوب منسوب إلى معافر بن مرة ثم صار اسما للثوب بلا نسبة ذكره في المغرب . وفي الفوائد الظهيرية : معافر حتى من همدان تنسب إليه هذه الثياب المعافرية . وهذا ذكره ابن فارس في المجل . وفي الجمهرة لابن دريد : المعافر بفتح الميم موضع باليمن تنسب إليه الثياب المعافرية . وفي غريب الحديث للقتبي : البرد المعافى منسوب إلى معافر من اليمن . وفي الجمهرة قال الأصمعي : ثوب معافر غير منسوب ، فمن نسب فهو خطأ عنده (ولأن الجزية إنما وجبت بدلا عن القتل ولهذا لم تجب على من لم يجز قتله بسبب الكفر كالذراري والنساء ، وهذا المعنى ينتظم) فيه (الغني والفقير) لأن كلا منهم يقتل (قوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي) ذكره الأصحاب في كتبهم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجه حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف إلى السواد ، فسحا أرضها ووضعها عليها الخراج ، وجعل الناس ثلاث طبقات على ما قلنا ، فلما رجعا أخبراه بذلك ، ثم عمل عثمان كذلك ثم عمل علي كذلك . وروى ابن أبي شيبة : حدثنا علي بن مسهر ، عن الشيباني ، عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال : وضع عمر بن الخطاب في الجزية على رموس الرجال على الغني ثمانية وأربعين درهما ، وعلى المتوسط أربعة وعشرين ، وعلى الفقير اثني عشر درهما . وهو مرسل . ورواه ابن زنجويه في كتاب الأموال : حدثنا أبو نعيم : حدثنا مندل عن الشيباني عن أبي عون عن المغيرة بن شعبة أن عمر وضع إلى آخره . وطريق آخر رواه ابن سعد في الطبقات إلى أبي نضرة أن عمر وضع الجزية على أهل اللفة فيما فتح من البلاد ، فوضع على الغني إلى آخره . ومن طريق آخر أسنده أبو عبيد القاسم بن سلام إلى حارثة بن مضرب عن عمر أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثني عشر وقد كان ذلك بحضرة الصحابة بلا تكبر ، فحل على الإجماع . ثم عارض المصنف معناه بقوله (ولأنه) أي الجزية (وجب نصرة للمقاتلة) أي خلفا عن نصرة مقاتلة أهل الدار ، لأن من هو من أهل دار الإسلام عليه نصرتهم وقد فانت بميلهم إلى أهل الدار المعادين لنا لإصرارهم على الكفر ، ولهذا بصرفت إلى المقاتلة ووضعت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال لو كانوا مسلمين ، فتختلف باختلاف حالهم لأن نصرة الغني لو كان مسلما فوق نصرة المتوسط والفقير فإنه كان ينصر راكبا ويركب معه غلامه ، والمتوسط راكبا فقط ، والفقير راجلا ؛ وهذا معنى

محمد بن سلام . وقوله صلى الله عليه وسلم « من كل حالم وحالمة » معناه بالغ وبالغة (أو عدله معافر) أي أوخذ مثل دينار بردا من هذا الجنس يقال ثوب معافى منسوب إلى معافر بن مرة ثم صار له اسما بغير نسبة : وذكر في الفوائد الظهيرية معافر حتى من همدان ينسب إليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بفتح العين مثله إذا كان من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه (قوله ولأنه وجب نصرة للمقاتلة) وكل ما وجب نصرة للمقاتلة وجب متفوتا (كما في خراج الأرض)

وهذا لأنه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقتله، فكذا ما هو بدله، وما رواه محمول على أنه كان ذلك صلحا، ولهذا أمره بالأخذ من الحاملة، وإن كانت لا يؤخذ منها الجزية.

قول المصنف (وذلك) أى النصرة (يتفاوت بكثرة الوفر وقتله فكذا ما هو بدله) يعنى الجزية، ولحقا بخراج الأرض فإنه وجب على التفاوت. فأورد عليه لو كانت خلفا عن النصرة لزم أن لا تؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين سنة متبرعين أو يطلب الإمام منهم ذلك، والحال أنها تؤخذ منهم مع ذلك. أجب بأن الشارع جعل نصرته بالمال وليس للإمام تغيير المشروع. وتحقيقه أن النصرة التي فأت نصرته المسلمين، فنصرة الإسلام فأت بالكفر فأبدلت بالمال، وليس نصرته في حال كفرهم تلك النصرة الفائتة فلا يبطل خلفها. نعم سيجيء ما يفيد أن الجزية خلف عن قتلهم، والوجه أنها خلف عن قتلهم ونصرته جميعا. قال (وما رواه) من وضع الدينار على الكل (محمول على أنه كان صلحا) فإن الين لم تفتح عنوة بل صلحا فوقع على ذلك، وقلنا: ولأن أهل اليمن كانوا أهل فاقة والنبي صلى الله عليه وسلم يعلم ففرض عليهم ما على الفقراء، يدل على ذلك. ما روى البخارى عن أبي نجيح قلت لمجاهد: ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار؟ قال: جعل ذلك من قبل اليسار. هذا، ثم اختلف في المراد من الغنى والمتوسط والفقير؛ فقيل إن كان له عشرة آلاف درهم فهو موسر، ومن كان له مائتان فصاعدا مالم يصل إلى العشرة فتوسط، ومن كان محتملا فهو مكتسب. وعن بشر بن عياث: من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فوسر، وإن ملك بلا فضل فهو الوسط، ومن لم يكن له قدر الكفاية فهو المعتمل: أى المكتسب. وقال الفقيه أبو جعفر: ينظر إلى عادة كل بلد في ذلك؛ ألا ترى أن صاحب خمسين ألفا يبلغ يعد من المكثرين وفي البصرة وبغداد لا يعد مكثرا. وذكره عن أبي نصر محمد بن سلام، ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة والمعتمل المكتسب، والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب؛ وقيد بالاعتمال لأنه لو كان مريضا في نصف السنة فصاعدا لا يجب عليه شيء، أما لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية

وقوله (وهذا) إشارة إلى قوله ولأنه وجب نصرته للمقاتلة: يعنى وإنما قلنا إن الجزية وجبت نصرته للمقاتلة لأنها تجب بدلا عن النصرة للمسلمين ببذل النفس والمال لأن كل من كان من أهل دار الإسلام تجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال، قال الله تعالى - يا أيها الذين آمنوا هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم: تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون في سبيل الله بأموالكم وأنفسكم ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون - لكن الكافر لما لم يصلح لنصرتنا لميله إلى دار الحرب اعتقادا قام الخراج المأخوذ منه المصروف إلى الغزاة مقام النصرة بالنفس، ثم النصرة من المسلم تتفاوت إذ الفقير ينصر دارنا راجلا ومتوسط الحال ينصرها راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه وإركاب غيره: ثم الأصل لما كان متفاوتا تفاوت الخراج الذى قام مقامه. فإن قيل: النصرة طاعة الله وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة؟ أجب بأن الخلفية عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب أموالهم بمنزلة مالو أعاروا دوابهم للمسلمين (وما رواه محمول على أنه كان صلحا) والدليل على ذلك أنه أمر بالأخذ من النساء والجزية لا تجب على النساء.

(قوله لأنها تجب بدلا عن النصرة) أقول: من هنا إلى قوله قام مقامه من عبارة الإتيان (قوله لأن كل من كان من أهل دار الإسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال، قال الله تعالى الخ) أقول: في الدلالة بحث (قوله فإن قيل: النصرة طاعة الخ) أقول: السؤال والجواب المذكوران في النهاية.

قال (وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس) لقوله تعالى - من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية - الآية ، ووضع رسول الله صلى الله عليه وسلم الجزية على المجوس . قال (وعبد الأوثان من العجم) وفيه خلاف الشافعي . هو يقول : إن القتال واجب لقوله تعالى - وقاتلوهم - إلا أنا عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الأصل . ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم إذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فإنه يكتسب ويؤدى إلى المسلمين ونفقته في كسبه ،

كن عطل الأرض (قوله وتوضع الجزية على أهل الكتاب) اليهود ، ويدخل فيهم السامرة فإنهم يدينون بشريعة موسى صلى الله عليه وسلم إلا أنهم يخالفونهم في فروع . والنصارى ويدخل فيهم الفرنج والأرمن لقوله تعالى - قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرّمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون - وأما الصابئون فعلى الخلاف من قال هم من النصارى أو قال هم من اليهود فهم من أهل الكتاب ، ومن قال يعبدون الكواكب فليسوا من الكتابيين بل كمبدة الأوثان . وفي فتاوى قاضيخان : وتؤخذ : أى الجزية من الصابئة عند أى حنيفة خلافا لهما ، وأطلق في أهل الكتاب فشمل أهل الكتاب من العرب والعجم . وأما المجوس عبدة النار في البخارى : ولم يكن عمر رضى الله عنه أخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر » وهذا قول المصنف (ووضع عليه الصلاة والسلام الجزية على المجوس) وهجر بلدة في البحرين (قوله وعبد الأوثان) بالجر : أى وتوضع على عبدة الأوثان من العجم (وفيه خلاف الشافعي . هو يقول القتال واجب لقوله تعالى - وقاتلوهم - إلا أنا عرفنا جواز تركه) إلى الجزية (في حق أهل الكتاب بالقرآن) أعنى ما تلونه من قوله تعالى - حتى يعطوا الجزية - (وفي المجوس بالخبر) الذى ذكرناه في صحيح البخارى (فبقي من وراءهم على الأصل . ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم) بجامع أن كلا من الاسترقاق والجزية (يشتمل على سلب النفس منهم) أما الاسترقاق فظاهر أنه يصير منفعة نفسه لنا ، وكذا الجزية (فإنه يكتسب ويؤدى إلى المسلمين) والحال أن (نفقته في كسبه) فقد أدى حاجة نفسه إلينا أو بعضها ، فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذى

قال (وتوضع الجزية على أهل الكتاب) سواء كانوا من العرب أو من العجم (لقوله تعالى - من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية - وعلى المجوس لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الجزية على المجوس) روى البخارى « أن عمر رضى الله عنه لم يكن يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر » وهجر اسم بلدة في البحرين (وعبد الأوثان من العجم) وهو بالجر عطفا على أهل الكتاب ، وقيد بقوله من العجم احترازا عن عبدة الأوثان من العرب فإنه لا توضع عليهم الجزية على ما ذكر في الكتاب (وفيه خلاف الشافعي رحمه الله) وكلامه ظاهر (ولنا أنه يجوز استرقاقهم) وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم (لأن كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم) أما الاسترقاق فظاهر لأن نفع الرقيق يعود إلينا جملة ، وأما الجزية فلأن الكافر يؤديها من كسبه ، والحال أن نفقته في كسبه فكان إذا كسبه الذى هو سبب حياته إلى المسلمين دارة راتبه في معنى أخذ النفس منه حكما . ونوقض بأن من جاز استرقاقه

(قال المصنف : فإنه يكتسب الخ) أقول : دليل على اشتغال ضرب الجزية عليه (قوله فكان إذا كسبه الذى هو سبب حياته إلى المسلمين دارة راتبه في معنى أخذ النفس منه حكما) أقول : قوله دارة حال ، وقوله راتبه حال أيضا . وقوله في معنى خبر كان . ثم أقول : وفي الكافي لما جاز استرقاقهم بالإجماع جاز ضرب الجزية عليهم لأنهما يعتلان معنى ، فالرقيق يصير منا دارا كالأذى ورفقه يعود إلينا دارة

(وإن ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء) لجواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب ولا المرتدين) لأن كفرهما قد تغلظ ، أما مشركو العرب فلأن النبي صلى الله عليه وسلم نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر . وأما المرتد فلأنه كفر بربه بعد ما هدى للإسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة . وعند الشافعي رحمه الله يسرق مشركو العرب ،

استدل به ، وذلك لأنه عام مخصوص بإخراج أهل الكتاب ، والمجوس عند قولهم الجزية كما ذكر فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى ، وإنما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لأنهم صاروا أتباعاً لأصولهم في الكفر فكانوا أتباعاً في حكمهم ، فكان الجزية على الرجل وأتباعه في المعنى إن كان له أتباع ، وإلا فهي عنه خاصة (قوله وإن ظهر عليهم) أى على من تقدم ذكرهم من أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم (قبل ذلك) أى قبل وضع الجزية (فهم فيء) وللإمام الحياريين الاسترقاق وضرب الجزية (قوله ولا توضع) الجزية (على عبدة الأوثان من العرب ولا المرتدين لأن كفرهما) يعنى مشركي العرب والمرتدين (قد تغلظ) فلم يكونوا في معنى العجم (أما العرب فلأن القرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر) فكان كفرهم والحالة هذه أغلظ من كفر العجم (وأما المرتدون فلأن كفرهم بعد ما هدى للإسلام ووقفوا على محاسنه) فكان كذلك (فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة) لزيادة الكفر (وعند الشافعي يسرق مشركو العرب) وهو قول مالك وأحمد لأن الاسترقاق إتلاف حكماً فيجوز كما يجوز إتلاف نفسه بالقتل . ولنا قوله تعالى - تقتلونهم أو يسلمون - أى إلى أن يسلموا . وروى عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال « لا يقبل من مشركي العرب إلا الإسلام أو السيف » وذكر محمد بن الحسن عن يعقوب عن الحسن عن مقسم عن ابن عباس وقال « أو القتل »

لو جاز ضرب الجزية عليه لحاز ضربها على النساء والصبيان واللازم باطل . وأجيب بأن ذلك لمعنى آخر ، وهو أن الجزية بدل النصر ولا نصرة على المرأة والصبي فكذا بدله ، وهذا ليس بدافع بل هو مقرر للتقص . والصواب أن قبول المحل شرط تأثير المؤثر فكان معنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم إذا كان المحل قابلاً ، والمرأة والصبي ليسا كذلك لأن الجزية إنما تكون من الكسب وهما عاجزان عنه . وقوله (وإن ظهر عليهم) أى على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم (قبل ذلك) أى قبل وضع الجزية عليهم (فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء) أى غنيمة للمسلمين لجواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب ولا المرتدين لأن كفرهما قد تغلظ) على ما ذكر في الكتاب ، وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه إلا السيف أو الإسلام . (زيادة في العقوبة) عليه . ولما قل أن يقول : هذا منقوض بأهل الكتاب فإنه تغلظ كفرهم ، فإنهم عرفوا النبي معرفة تامة مميزة مشخصة ومع ذلك أنكروه وغيروا اسمه ونعته من الكتب وقد قبل منهم الجزية . وأيضا الفصل بينهم وبين عبدة الأوثان من العرب بجواز استرقاقهم دون عبدة الأوثان مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم يوم أوطاس « لو جرى رق على عربي لجرى اليوم » من غير فصل بين عبدة الأوثان وأهل الكتاب . والجواب عن الأول أن القياس كان يقتضى أن لا تقبل منهم الجزية إلا أنه ترك بالكتاب بقوله تعالى - قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله - الآية ، وعن الثاني بأن مراده عليه الصلاة والسلام عربي الأصل ، وأهل الكتاب وإن سكنوا فما بين العرب

- كالجزية تعود إلينا رتبة اهـ . فلم منه أن الأولى للشارح أن لا يذكر دارة (قوله وهذا ليس بدافع الخ) أقول : فيه بحث ، فإن لم يجوز أن يقال المراد ، وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم إذا كانوا من أهل النصر . فإنها بدل النصر في حق المسلمين كما سبق آتفا (قوله وأيضا الفصل بينهم وبين عبدة الأوثان من العرب بجواز استرقاقهم) أقول : قوله من العرب بيان للتفسير في قوله بينهم وبين عبدة الأوثان .

وجوابه ماقلنا (وإذا ظهر عليهم ففساؤهم وصبيانهم في) لأن أبا بكر الصديق رضى الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغائبين (ومن لم يسلم من رجالهم قتل) لما ذكرنا (ولا جزية على امرأة ولا صبي) لأنها وجبت بدلا عن القتل أو عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقتلان لعدم الأهلية . قال (ولا زمن ولا أعمى) وكذا المفلوج والشيخ الكبير

مكان أو السيف . وعنه عليه الصلاة والسلام « لارق على عربي » وأخرجه البيهقي عن معاذ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لو كان ثابت على أحد من العرب رق لكان اليوم » قال المصنف (وجوابه ماقلنا) يعني من أن كفره أغلظ فلا يكون له حكم الأخف منه (قوله وإذا ظهر عليهم) أى على مشركى العرب المرتدين (ففساؤهم وصبيانهم في) يسترقون « لأنه عليه الصلاة والسلام استرق ذرارى أو طاس وهوازن » وأبو بكر استرق بني حنيفة . أسند الواقدي في كتاب الردة له في قتال بني حنيفة عن محمود بن ليبد قال : ثم إن خالد بن الوليد صالحهم على أن يأخذ منهم الصفراء والبيضاء والكراع والسلاح ونصف السبي ، ثم دخل حصونهم صلحا فأخرج السلاح والكراع والأموال والسبي ، ثم قسم السبي قسمين ، وأقرع على القسمين فخرج سهمه على أحدهما وفيه مكتوب لله . قال الواقدي : وحدثني أبو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضى الله عنها قالت : قد رأيت أم محمد بن علي بن أبي طالب . وكانت من سبي بني حنيفة فلذلك سميت الحنفية ويسمى ابنها محمد بن الحنفية . قال : وحدثني عبد الله بن نافع عن أبيه قال : كانت أم زيد بن عبد الله بن عمر من ذلك السبي ، وحنيفة أبو حنيفة من العرب سمي به لأن جذيمة ضربه حين التقيا فحنف رجله وضرب حنيفة يده فجذمها فسمي جذيمة وحنيفة بن ٧ نجيجة بن صعب بن علي بن بكر بن وائل . وأعلم أن ذرارى المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذرارى عبدة الأوثان لا يجبرون . وأما الزنادقة قالوا : لوجاء زنديق قبل أن يؤخذ فأخبر أنه زنديق وتاب تقبل توبته ، فإن أخذ ثم تاب لاتقبل توبته ويقتل لأنهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا تؤخذ منه الجزية (قوله ولا جزية على امرأة وصبي) وكذا على مجنون بلا خلاف لأن الجزية بدل عن قتلهم على قول الشافعي ، أو عن قتالهم نصرة للمسلمين على قولنا وهؤلاء ليسوا كذلك (ولا على أعمى أو زمن ولا المفلوج) وعن الشافعي تؤخذ منهم لاعتبارها أجرة الدار (ولا) تؤخذ (من الشيخ الكبير)

وتوالدوا فهم ليسوا بعرب في الأصل ، وإنما العرب في الأصل عبدة الأوثان فإنهم أميون . وقوله (وجوابه ماقلنا) يريد به قوله لأن كفرهما قد تغلظ . وقوله (وإذا ظهر عليهم) أى على عبدة الأوثان من العرب المرتدين (ففساؤهم وصبيانهم في) إلا أن ذرارى المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام دون ذرارى عبدة الأوثان ونساءهم ، لأن الإيجاب على الإسلام إنما يكون بعد ثبوت حكم الإسلام في حقه ، وذرارى المرتدين قد ثبتت في حقهم تبعا لأبائهم فيجبرون عليه . والمرتدات كن مقررات بالإسلام فيجبرن عليه ، بخلاف ذرارى العبدة ونساءهم . وحنيفة أبو حنيفة من العرب ، وقيل المراد ببني حنيفة رهط مسيلمة الكذاب (وقوله لما ذكرنا) إشارة إلى قوله فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة . وقوله (لأنها وجبت بدلا عن القتل) يعني في حق المأخوذ منه (أو عن القتال) أى عن النصرة في حقنا كما تقدم ، ولا يجب البديل إلا على من يجب عليه

(قال المصنف : لأن أبا بكر رضى الله عنه) أقول : الدليل أحسن من المذهب ويمكن التعميم بالقياس وقال المصنف : استرق نسوان بني حنيفة) أقول : قال في القاموس : حنيفة كسفية لقب أثال بن سليم أبي حنيفة بن جعفر الحنفية أم محمد بن علي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه .

لما بينا . وعن أبي يوسف أنه تجب إذا كان له مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأى (ولا على فقير غير معتمل) خلافا للشافعي . له إطلاق حديث معاذ رضى الله عنه . ولنا أن عثمان رضى الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحض من الصحابة رضى الله عنهم ، ولأن خراج الأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا هذا الخرج ، والحديث محمول على المعتمل (ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد) لأنه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا ، وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك (ولا يؤدى عنهم مواليتهم)

الذى لا قدرة له على قتال ولا كسب (وعن أبي يوسف تؤخذ منه إذا كان له مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأى) في الحرب . وجه الظاهر أنه لا يقتل ولا يقاتل وهو المراد بقوله (لما بينا) والجزية بدل عنها ويقال زمن الرجل كعلم يزمن زمانه (قوله ولا على فقير غير معتمل) أى الذى لا يقدر على العمل وإن أحسن حرفة ، وعلى قول الشافعي عليه الجزية في ذمته (له إطلاق حديث معاذ رضى الله عنه) وهو قوله عليه انصلاة والسلام « خذ من كل حالم » (ولنا أن عثمان لم يوظف الجزية على فقير غير معتمل) أراد بعثمان هذا عثمان بن حنيف حين بعثه عمر رضى الله عنه . وروى ابن زنجويه في كتاب الأموال : حدثنا الهيثم بن عدى عن عمر بن نافع قال : حدثني أبو بكر العيسى صلة بن زفر قال : أبصر عمر شيخا كبيرا من أهل الذمة يسأل ، فقال له مالك ؟ قال : ليس لى مال وإن الجزية تؤخذ منى ، فقال له عمر : ما أنصفناك ، أكلنا شبيبته ثم نأخذ منك الجزية ثم كتب إلى عماله أن لا يأخذوا الجزية من شيخ كبير (ولأن خراج الأرض كما لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا خراج الرأس) بجامع عدم الطاقة لحكمة دفع الضرر الدنيوى (والحديث محمول على المعتمل) بالمعنى الذى ذكرنا وتوظيف عمر المقرن بالإجماع جمعا بين الدليلين . فإن قلت : ما تقدم من توظيف عمر ليس فيه المعتمل . قلنا : قد جاء في بعض طرقه وعلى الفقير المكتسب اثني عشر درهما أخرجه البيهقي . لا يقال : فنفية عن غير المكتسب بالمفهوم المخالف ولا يقولون به . لانا نقول ليس ذلك بلازم بل جاز أن يضاف إلى الأصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر ، ثم إنما توظف على المعتمل إذا كان صحيحا في أكثر السنة وإلا فلا جزية عليه لأن الإنسان لا يخاف عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذرا وهو مانقص عن نصف العام (قوله ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد) لأنه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا (وعلى الاعتبار الأول تجب لأن المملوك الحربى يقتل (وعلى الاعتبار الثانى لا تجب) لأن المملوك عاجز عن النصرة فامتنع الأصل في حقه فامتنع الخلف لأن شرطه انتفاء الأصل وإمكانه فدار بين الوجوب وعدمه (فلا تجب بالشك) والوجه أن يقال : إنها بدل عن القتل في حقهم وعن القتال في حقنا جميعا فلا يتحقق الثانى لما ذكرنا ، فلم يتحقق الموجب لانتفاء الكل بنفى الجزء ، وهذا لما نذكره فيما يلى هذه المسئلة ، وإذا كان خلفا عن المجموع فلا يحسن قوله فلا تجب بالشك بل لا تجب بلا شك ، ثم لا يخفى أن ذكر أم الولد ليس على ما ينبغي فإن من المعلوم أن لاجزية على النساء ولعله ابن أم الولد فسقطت لفظة ابن (قوله ولا يؤدى عنهم مواليتهم) يعنى لما قلنا لا توضع عليهم جاز أن يقال إنها تؤخذ من مواليتهم فيؤدون

الأصل ، والأصل وهو القتل أو القتال لا يتحقق في حق المرأة والصبي لعدم الأهلية فكذا البدل . وقوله (لما بينا) يعنى قوله وهما لا يقتلان ولا يقاتلان : وقوله (له إطلاق حديث معاذ) هو قوله عليه الصلاة والسلام « خذ من كل حالم وحالة » وقوله (وعلى اعتبار الثانى لا تجب) يعنى أن الجزية بدل عن الأمرين كما مر تقريره ، وعلى اعتبار الأول يجب وضع الجزية لأن الأصل يتحقق في حق المالك لأن المملوك الحربى يقتل فيتحقق البدل أيضا .

لأنهم تحملوا الزيادة بسببهم (ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس) كذا ذكر هاهنا . وذكر محمد عن أبي حنيفة أنه يوضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل : وهو قول أبي يوسف . وجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الأرض الحراجية . وجه الوضع عنهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخالطون الناس . والجزية في حقهم لإسقاط القتل ، ولا بد أن يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في أكثر السنة (ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه) وكذلك إذا مات كافرا خلافا للشافعي فيها . له أنها وجبت بدلا عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل إليه المعوض

عنهم ، فأزال هذا الاحتمال بقوله ولا يؤدي عنهم مواليمهم (لأنهم تحملوا الزيادة) في الجزية حتى لزمهم جزية الأغنياء (بسببهم) فلا يؤخذ منهم عنهم شيء آخر وإلا كانوا ملزمين بمجزيتين ، ويقرر بوجه آخر وهو أنهم تحملوا الزيادة بسببهم فكانت الجزية عنه وعنهم معنى شرعا فلا يجب شيء آخر ، وهذا بناء على أن غنى الملاك بهم لأنهم مال ويجرون المال بالكسب (قوله ولا توضع على الرهبان) جمع راهب ، وقد يقال للواحد رهبان أيضا ، وشرط أن لا يخالط الناس ، ومن خالط منهم عليه الجزية (هكذا ذكر) القدوري (وذكر محمد عن أبي حنيفة أنه يوضع عليهم إذا كانوا يتدرون على العمل وهو قول أبي يوسف . وجه الوضع أنه الذي ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل أرض الحراج) من الزراعة (وجه وضع الجزية عنهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لإسقاط القتل) ولا يخفى أن هذا أصل قول الشافعي على ما تقدم أنها عندنا بدل عن نصرتهم التي فانت بالكفر وعنده بدل عن القتل ، فأفاد صحة هذا الاعتبار عندنا ولكنه ليس هو الاعتبار فقط بل المجموع منه ومن كونه خلفا عن نصرتهم إيانا فتى تخلف أحدهما انتفى وجوبها . وعن محمد لا جزية على السياحين . قيل يجوز أنه أراد من لا يقدر على العمل منهم فيكون اتفاقا ، ويجوز أن يقول هو من لا يخالط الناس ومن لا يخالط الناس لا يقتل (قوله ومن أسلم وعليه جزية) بأن أسلم بعد كمال السنة (سقطت عنه ، وكذا إذا مات كافرا خلافا للشافعي فيها) وكذا لو مات في أثناء السنة أو أسلم . وفي أصبح قولي الشافعي لا يسقط فيهما أيضا قسط ما مضى ، وعلى هذا الخلاف لو عمي أو زمن أو أقعد أو صار شيخا كبيرا لا يستطيع العمل أو افتقر بحيث لا يقدر على شيء (له أن الجزية وجبت بدلا عن العصمة) التي ثبتت للذي بعقد الدمة كما هو قول للشافعي (أو) بدلا (عن السكنى) في دار الإسلام كما هو قول آخر له (وقد وصل إليه المعوض) وهو حقن دمه وسكناه إلى

وعلى اعتبار الثاني لا يجب لأن العبد لا يقدر على النصرة فلا يجب عليه بدله . وقوله (لأنهم تحملوا الزيادة بسببهم) أي صار مواليمهم بسببهم من صنف الأغنياء أو وسط الحال حتى وجب عليهم زيادة على مقدار الواجب على الفقير المعتمل ، فلو قلنا بوجوبها على الموالى بسببهم لكان وجوب الجزية مرتين بسبب شيء واحد وذلك لا يجوز . وقوله (ولا توضع على الرهبان) واضح . قال (ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه) إذا أسلم من عليه الجزية أو مات كافرا أو عمي أو صار زمنا أو مقعدا أو شيخا كبيرا لا يستطيع العمل أو فقيرا لا يقدر على شيء وبقيت عليه الجزية سقطت عنه عندنا سواء كانت هذه العوارض قبل استكمال السنة أو بعدها (خلافا للشافعي رحمه الله . له أنها وجبت بدلا عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل إليه المعوض) وكل ما وجب بدلا عن شيء

(قال المصنف : ومن أسلم ، إلى قوله : خلافا للشافعي فيها) أقول : في وجيز الشافعية : لو أسلم أو مات بعد مضي السنة استوفى . ولومات في أثناء السنة طولب بقسط على أحد القولين .

فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الأجرة والصلح عن دم العمد . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « ليس على مسلم جزية » .

الموت أو الإسلام وصار بذلك مستوفيا المبدل فتقرر البذل دينا في ذمته (فلا يسقط بهذا العارض) الذي هو موته أو إسلامه كسائر الديون من الأجرة والصلح عن دم العمد فيما لو قتل رجلا عمدا فصالح على مال ثم مات قبل أدائه (ولنا ما) أنترجه أبو داود والترمذي عن جرير عن قابوس بن أبي ظبيان عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ليس على مسلم جزية ») قال أبو داود : وسئل سفيان الثوري عن هذا فقال : يعني إذا أسلم فلا جزية عليه ، وبالله الذي فسره به سفيان الثوري رواه الطبراني في معجمه الأوسط عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أسلم فلا جزية عليه » وضعف ابن القطان قابوسا ، وليس قابوس في مسند الطبراني ، فهذا بعمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل إسلامه ، بل هو المراد بخصوصه لأنه موضع الفائدة ، إذ عدم الجزية على المسلم ابتداء من ضروريات الدين . فالإخبار به من جهة الفائدة ليس كالإخبار بسقوطها في حال البقاء . وهذا يخص السقوط بالإسلام والوجه يعم موته وإسلامه . وبهذا الحديث ونحوه أجمع المسلمون على سقوط الجزية بالإسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق إذ كل منهما عقوبة على الكفر ، ثم لا يرتفع الاسترقاق بالإسلام ، وكذا خراج الأرض ، وترتفع الجزية لأن كلا منهما محل الإجماع ،

وقد وصل إليه المعروض (لا يسقط عنه العوض بهذا العارض) أي بالإسلام أو الموت (كما في الأجرة والصلح عن دم العمد) فإن الذي إذا استوفى منافع الدار المستأجرة ثم أسلم أو مات لا تسقط عنه الأجرة لأن المعوض قد وصل إليه وهي منافع الدار ، وكذا إذا قتل الذي رجلا عمدا ثم صالح عن الدم على بدل معلوم ثم أسلم أو مات لا يسقط عنه البذل لأن المعوض وهو نفسه قد سلم له ، وإنما رد في قوله بدلا عن العصمة أو السكنى لاختلاف العلماء في أن الجزية وجبت بدلا عما ذا ؟ فقال بعضهم وجبت بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة ، وبه قال الشافعي رحمه الله لأن الله تعالى أمر بالقتال ومدة إلى غاية وهي إعطاء الجزية . وقال بعضهم وجبت بدلا عن السكنى في دار الإسلام لأنهم مع الإصرار على الشرك لا يكونون من أهل دارنا باعتبار الأصل وإنما يصيرون من أهل دارنا بما يؤدون من الجزية . وقال بعضهم : وجبت بدلا عن النصرة التي فانت بإصرارهم على الكفر وقد تقدم . وأعيده هاهنا توضيحا وذلك لأنهم لما صاروا من أهل دارنا بقبول الذمة ولهذه الدار دار معادية وجب عليهم القيام بنصرتها ، ولا تصلح أبدانهم لهذه النصرة لأن الظاهر أنهم يميلون إلى أهل الدار المعادية لاتحادهم في الاعتقاد فأوجب عليهم الشرع الجزية لتؤخذ منهم فتصرف إلى المقاتلة فتكون خلفا عن النصرة . قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وهو الأصح ؛ ألا ترى أن الجزية لا تؤخذ من الأعشى والشيخ الفاني والمعنوه والمقعد مع أنهم مشاركون في السكنى لأنه لم يلزمهم أصل النصرة بأبدانهم لو كانوا مسلمين ، فكذلك لا يؤخذ منهم ما هو خلف عنه . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « ليس على مسلم جزية » رواه ابن عباس رضي الله عنهما ، وهو مطلق فيجرى على إطلاقه ، بل الإنصاف أن المراد به بعد الإسلام لأن كل أحد يعلم أن المسلم لا تكون عليه جزية فتعين أن يكون المراد به أنها تسقط بالإسلام ، إذ لو لم تسقط لصداق أن على هذا المسلم جزية .

(قوله باعتبار الأصل) أقول : الذي هو الإسلام لأن الدار دار الإسلام (قوله وهو الأصح الخ) أقول : بالنسبة إلى القول الثاني كما يفهم من دليله . وأيضا نحن لاننى كونها بدلا عن القتل (قوله وهو مطلق الخ) أقول : فينبى عنه ابتداء بقاء .

ولأنها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهى والجزاء واحد ، وعقوبة الكفر تسقط بالإسلام ولا تقام بعد الموت ، ولأن شرع العقوبة فى الدنيا لا يكون إلا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والإسلام ، ولأنها وجبت بدلا عن النصرة فى حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الإسلام . والعصمة تثبت بكونه آدميا والذى يسكن ملك نفسه فلا

فإن عقلت حكمة فذاك وإلا وجب الاتباع . على أن الفرق بين خراج الأرض والجزية واضح إذ لا إزال فى خراج الأرض لأنه مؤنة الأرض كى تبقى فى أيدينا ، والمسلم ممن يسعى فى بقائها للمسلمين بخلاف الجزية لأنها ذل ظاهر وشنار . وأما الاسترقاق فلأن إسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين . بخلاف الجزية فإنه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم ، والحق الخاص فضلا عن العام ليس كالمالك الخاص (قوله ولأنها ، أى الجزية إنما) وجبت عقوبة على الكفر ولهذا سميت جزية وهى والجزاء واحد) وهو يقال على الثواب بسبب الطاعة والعقوبة بسبب المعصية ، ولا شك فى انتفاء الأول ، ولذا أخذت بطريق الإذلال بل هذا ضرورى من الدين فتعين أنها عقوبة على معصية الكفر دنيوية لا بدل معاوضة كما ظنه (فتسقط بالإسلام ولا تقام بعد الموت) ولهذا لا يضرب من سبق موته إقامة حد ثبت عليه ، ولأن العقوبة الدنيوية لا تكون إلا لدفع شره فى الدنيا بحسب ما يكون ذلك الشر ، والشر الذى يتوقع بسبب الكفر الحاربه والفتنة عن الدين الحق (وقد اندفع بالموت والإسلام) وهذا لا ينافى كونها بدلا : أى خلطا عن النصرة لنا فكانت عقوبة دنيوية على كفره الذى هو سبب لحاربه دفعها بإضعافه بأخذها منه وبدلا عن نصرته الفاتنة بكفره ، وإذا كانت خلطا أيضا عن النصرة انتفتت بالإسلام لأن شرط الخلف عدم القدرة على الأصل . وقد قدر عليها بالإسلام . وأما قوله إنها بدل عن

وقوله (ولأنها وجبت عقوبة الخ) ظاهر . واعترض بأنه الحق ضرب الجزية فيما تقدم بالاسترقاق بالمعنى الجامع بينهما فقال : ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم إذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فكيف افرقا فى البقاء حيث يبقى العبد رقيقا بعد الإسلام ولا تبقى الجزية بعده مع أن كلا منهما فى الابتداء ثبت بطريق المجازاة لكفرهم ؟ والجواب أن أداء الجزية لم يشرع إلا بوصف الصغار ، وما شرع بوصف لا يبقى بدونه على ما عرف فى الأصول ، والإسلام ينافى الصغار فتسقط الجزية به ، بخلاف الاسترقاق فإنه لم يشرع كذلك . وقوله (والعصمة تثبت بكونه آدميا) جواب عن قوله إنها وجبت بدلا عن العصمة ، ومعناه أن العصمة ثابتة للأدى من حيث أنه آدمي لما مر أنه خلق متحملا أعباء التكالييف فلا يصلح أن تكون الجزية الطارئة بدلا عنها . ولقائل أن يقول : سلمنا أنها ثابتة للأدمية ولكنها سقطت بالكفر ، فالجزية تعيدها على ما كانت فكانت بدلا . والجواب أنها لو كانت بدلا عن العصمة فلما أن تكون عن عصمة فيما مضى أو فيما يستقبل ، لا سبيل إلى الأول وهو ظاهر ، ولا إلى الثانى لأن الإسلام يغنى عنها . وقوله (والذى يسكن ملك نفسه) جواب عن قوله أو السكنى ، ومعناه أن الذى يملك موضع السكنى بالشراء أو غيره من الأسباب ، فلا يجوز إيجاب البديل بسكنائه فى موضع مملوك له ، فلو كانت الجزية أجرة كان وجوبها بالإجارة لا محالة ، ويشترط فيها

(قال المصنف : ولا تقام بعد الموت الخ) أقول : يعنى من قبلنا بل الله يقيمها ، قال الله تعالى - ولنلقنهم من العذاب الأدنى دون العذاب الأكبر لعلهم يرجعون - قال المصنف (وقد اندفع بالموت والإسلام) أقول : لم لا يجوز أن يكون المقصود دفع شر غيره وذلك لا يتلف بالموت (قوله والإسلام ينافى الصغار الخ) أقول : أنت خير بأن الرق نفسه صغار بل لا صغار فوقه ، فالأول أن يجاب بمجرى غيره (قوله لما مر أنه خلق متحملا) أقول : فى أواخر باب المستأن (قوله ولكنها سقطت بالكفر) أقول : كما سبق فى باب المستأن (قوله لا سبيل إلى الأول وهو ظاهر) أقول : فيه بحث : ألا يرى إلى قول الشافعى وقد وصل إليه المعوض .

منه لايحاج بدل العصمة والسكنى (وإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت . وفي الجامع الصغير : ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ) وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يؤخذ منه وهو قول الشافعي رحمه الله (وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا ، وكذلك إن مات في بعض السنة) أما مسألة الموت فقد ذكرناها . وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف . وقيل لا تدخل فيه بالاتفاق . لهما في الخلافية أن الخراج وجب عوضا ، والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها تستوفى ، وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين ،

العصمة فهي ثابتة بالأدوية على ماتقدم من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كلف به أو لظهور خلافه منه فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية ، وقوله بدلا عن السكنى . قلنا إن الذي يسكن ملك نفسه فلا تكون أجرة ، ولأنه بعقد الذمة صار من أهل الدار فلا يؤخذ منه بدل تمكنه من الإقامة بها ، والأحسن ترك الكلام في إبطال الأمرين فإن العصمة الأصلية زالت بالكفر ، وهذه عصمة متجددة بالجزية ، ويكفي ما ذكرنا من دلالة أنها عقوبة جزاء ثم تثبت العصمة معها لتكن إقامتها ، وهذا لأنها عقوبة مستمرة لاستمرار السبب وهو كفره الداعي إلى حرايته ، ولا يتمكن من إقامة هذه العقوبة على الاستمرار إلا بعصمته (فإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت) أى الجزية أنث فعل الحولين لتأويله بالسنتين ، ولا داعي إلى ذلك من أول الأمر ، أو بتقدير مضاف : أى جزية حولين . ولفظ القدروري فيما ذكره الأقطع : وإن اجتمع عليه حولان (وفي الجامع الصغير : ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ منه ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يؤخذ منه : فإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا ، وكذا إن مات في بعض السنة . أما مسألة الموت فقد ذكرناها . وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف) فإذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراج عنده ، وعندهما يؤخذ منه مامضى (وقيل لا تدخل) فيؤخذ مامضى (بالاتفاق لهما في الخلافية) وهى تدخل الجزية (أن الخراج) أى الجزية لأنها خراج الرأس (وجب ، عوضا ، والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها) على الوجه المأمور به (تستوفى ، وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين) لأنه مادام كافرا أمكن استيفاؤه على وجه الصغار والإذلال له

التأقيت لأن الإبهام يبطئها ، وحيث لم يشترط التأقيت في السكنى دل على أن الجزية لم تكن بطريق الإجارة ، فإن قال قائل : كما أنه لا يجوز أن تكون بدلا عن العصمة والسكنى . فكذلك لا يجوز أن تكون بدلا عن النصرة أيضا ؛ ألا ترى أن الإمام لم يستعان بأهل الذمة فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة ، فلو كانت بدلا عنها لسقطت لأنه قد نصر بنفسه ؟ أجيب بأنها إنما لم تسقط لأنه حينئذ يلزم تغيير المشروع وليس للإمام ذلك ، وهذا لأن الشرع جعل طريق النصرة في حق الذي المال دون النفس . قال (فإن اجتمعت عليه الحولان) أنث فعل الحولين ، إما باعتبار حذف المضاف : أى اجتمعت جزية الحولين ، وإما بتأويل السنتين ، وأتى بعبارة الجامع الصغير لتفصيل في اللفظ وإبهام في قوله وجاءت سنة أخرى على ما بينه ، وكلامه واضح . وقوله (وقيل لا تدخل فيه بالاتفاق) يحتاج إلى بيان الفرق بينهما .. والفرق أن الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفات إلى معنى العقوبة ، ولهذا إذا اشترى المسلم أرضا خراجية يجب عليه الخراج فجاز أن لا تدخل ، بخلاف الجزية فإنها عقوبة ابتداء وبقاء ولهذا لم تشرع في حق المسلم أصلا والعقوبات تدخل . وقوله (لهما في الخلافية) أى فيما إذا اجتمع عليه الحولان (أن الخراج وجب عوضا) على ماتقدم وكل ماوجب عوضا إذا اجتمع وأمكن استيفاؤه يستوفى كما في سائر الأعواض

بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاؤه . ولأني حنيفة أنها وجبت عقوبة على الإصرار على الكفر على ما بيناه ، ولهذا لا يقبل منه لو بعث على يد نائبه في أصبح الروايات . بل يكلف أن يأتي به بنفسه فيعطى قائماً والقابض منه قاعد . وفي رواية : يأخذ بتلبيبه ويهره هذا ويقول : أعط الجزية يا ذئب فثبت أنه عقوبة : والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت كالحدود ، ولأنها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا ، لكن في المستقبل لا في الماضي لأن القتل إنما يستوفي لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض ، وكلنا النصرة في المستقبل لأن الماضي وقعت الغنية عنه . ثم قول محمد في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة أخرى . حمله بعض المشايخ على المضي مجازا .

(بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاؤه) لأن المسلم لا يجب إذلاله بل يجب توقيره ، وأنت تعلم أن كونها وجبت عوضا وكون المتحصل منها أعوضا خلاف ما تقدم وأنه بقول الشافعي أليق . فإن أريد بالأعوض الجزية الواقعة عقوبة تم عليهما وجه أي حنيفة القاتل : والعقوبات تتداخل حتى قلنا بتداخل كفارات الإفطار في رده ضمان مع أنها عقوبة وعبادة ، غير أن المرجح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة محضة . وقواه (ولهذا الخ) استيضاح على أنها عقوبة ؛ يعني (لو بعث بها على يد نائبه لا تقبل منه في أصبح الروايات ، بل يكلف أن يأتي بها بنفسه فيعطى قائماً والقابض جالس . وفي رواية : يأخذ بتلبيبه) وهو ما يلي صدره من ثيابه (ويقول : أعط الجزية يا ذئب) وقبولها من النائب يفوت المأمور به من إذلاله عند الإعطاء ، قال تعالى - حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون - ووجه آخر (أنها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا ، لكن في المستقبل) يعني عن القتل في المستقبل والنصرة في المستقبل (لأن القتل إنما يستوفي لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض ، وكلنا النصرة في المستقبل لأن الماضي وقعت الغنية عنه) بانهضائه فانقطعت الحاجة فيه إلى شيء من الأشياء . وفي المبسوط : ولأن المقصود ليس هو المال بل استدلال الكافر واستصغاره : وهذا المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة (ثم قول محمد في الجامع : وجاءت سنة أخرى ، حمله بعض المشايخ على مضي السنة مجازا

وقد أهكن لأن الفرض أنه حتى ، واستيفاء المال من الحي ممكن إذا لم يمنع منه الإسلام (بخلاف ما إذا أسلم) وقوله (ولأني حنيفة) ظاهر . وقوله (على ما بيناه) أراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولأنها وجبت عقوبة على الكفر . ولقاتل أن يقول : قد تكرر في كلامهم أنها وجبت بدلا عن النصرة أو السكنى أو العصمة ، وتكرر أيضا في أنها وجبت عقوبة على الكفر ؛ ومعنى العقوبة غير معنى البدلية عن شيء فيلزم توارد علتين على معلول واحد بالشخص وذلك باطل . والجواب عن ذلك أن كونها عقوبة لازم من لوازم كونه بدلا عن النصرة لأن إيجاب النصرة لغير أهل دينه يستلزم عقوبة لا محالة . وقوله (ولهذا) توضيح لقوله وجبت عقوبة على الإصرار على الكفر والتلييب أخذ موضع اللب من الثياب ، واللبيب موضع القلادة من الصدر . وقوله (ولأنها وجبت بدلا عن القتل) استدلال من جهة الملزوم ، وما تقدم كان من جهة اللازم وكلامه ظاهر ، وقد بيناه من قبل . وقوله (حمله بعض المشايخ على المضي مجازا) قال الإمام فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير : اختلف مشايخنا في قوله جاءت سنة أخرى ؛ فقال بعضهم : معناه . ضمت حتى يتحقق اجتماعهما لأنها عند آخر الحول تجب ، وهذا ضرب من المجاز لأن مجيء كل شهر بمجيء أوله . وأقول في مجوز المجاز أن مجيء الشهر يستلزم مجيء الآخر لا محالة وذكر الملزوم وإرادة اللازم مجاز . وقال بعضهم : معناه دخول أولها لأن الجزية تجب بأول الحول والتأخير إلى آخره تخفيف وتأجيل

٥٧ -

وقال : الوجوب بآخر السنة ، فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فتتداخل . وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند أبي حنيفة بأول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء . والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول ، وعند الشافعي في آخره اعتبارا بالزكاة : ولنا أن ماوجب بدلا عنه لا يتحقق إلا في المستقبل على ماقررناه فتعذر إيجابه بعد مضي الحول فأوجبناه في أوله .

(فصل)

(ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الإسلام) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة » والمراد إحداثها

فقال : الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع في الحولين أو في الجزيتين (فتتداخل ، وعند البعض هو مجرى على حقيقته) وهو أن يراد دخول أول السنة ، فإن مجيء الشهر بمجىء أوله ، ومجىء السنة بمجىء أولها ، والأصح هو هذا (فالوجوب عندنا بأول السنة ، وعند الشافعي رحمه الله في آخره اعتبارا بالزكاة . ولنا أن ماوجب (بدلا عنه) وهو النصرة (والقتل لا يتحقق إلا في المستقبل على ماقررناه) من أن القتل إنما يستوفى لحراب قائم في الحال دفعا للضرر عن المسلمين وبدلا عن نصرتهم ، وإنما يحتاج إلى ذلك في المستقبل ، بخلاف الزكاة لأن الوجوب في المال النامي فلا بد من الحول ليتحقق الاستثناء فلم تجب قبله لعدم اتصافه بذلك قبله ثم أقيم الحول مقام النماء لأنه الممكن منه فصار المال به ناميا تقديرا .

(فصل)

لما كانت هذه الأحكام تتعلق بالذي باعتبار غيره وما مضى باعتبار نفسه قدم تلك : (قوله ولا يجوز إحداث بيعة) بكسر الباء (ولا كنيسة في دار الإسلام) وهما متعلبا لليهود والنصارى ، ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود عند أبي حنيفة ، وعلى هذا يتحقق التداخل عند مضي شهر بلا ارتكاب الحجاز ، وكلامه واضح . وقوله (على ما قررناه) إشارة إلى قوله لأن القتل إنما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض الخ ، ويحتاج إلى الجواب عن الزكاة ، وهو أن الزكاة وجبت في آخر الحول لأنها تجب في المال النامي وحولان الحول هو الممكن من الاستثناء لاشتماله على الفصول الأربعة على ما مر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الأداء .

(فصل)

لما فرغ من بيان ما يجب على أهل الذمة بسكنائهم في دار الإسلام شرع في بيان ما يجوز لهم أن يفعلوا مما يتعلق بالسكنى (ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الإسلام لقوله صلى الله عليه وسلم « لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة ») والخصاء بكسر الخاء والمد على وزن فعال مصدر خصاه : إذا نزع خصيئته ؛ والخصاء في معناه خطأ

(قال المصنف : والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول) أقول : سيجم في آخر كتاب الكرامة أن في زماننا يؤخذ الخراج في آخر السنة ، والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح (قال المصنف : وعند الشافعي في آخره اعتبارا بالزكاة) أقول : قال الإقناع : قياسه بمنوع لأن الزكاة تجب بأول الحول عندنا وشرط الحول للتخفيف له . قال الزيلعي : ولا يلزمنا الزكاة لأنها إنما وجبت في آخر الحول ليحقق النماء أو هي لا تجب إلا في المال النامي له .

(فصل)

ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الإسلام

(وإن انتهت البيع والكنائس القديمة أعادوها) لأن الأبنية لا تبقى دائما ، ولما أقرهم الإمام فقد عهد إليهم الإعادة إلا أنهم لا يمكنون من نقلها لأنه إحداث في الحقيقة ،

والبيعة لمتعبد النصرى ، وفي ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة بل الكنيسة لمتعبد الفريقين ، ولفظ الدير للنصرى خاصة : وقيد المصنف عموم دار الإسلام بالأمصار دون القرى لأن الأمصار هي التي تقام فيها الشعائر ، فإحداثها فيها معارضة بإظهار ما يخالفها فلا يجوز ، بخلاف القرى . ثم ذكر أن في قرى ديارنا أيضا لا تحدث في هذا الزمان . ثم قال القدورى (وإن انتهت البيع والكنائس القديمة أعادوها) قال المصنف (لأن الأبنية لا تبقى دائما ، ولما أقرهم الإمام فقد عهد إليهم الإعادة ضمنا غير أنهم لا يمكنون من نقلها من مكان إلى آخر . لأنه إحداث) في ذلك المكان المنقول إليه فلا يجوز ، وفي هذا التعليل إشارة إلى أن ذلك إذا كان بإقرار الإمام إياهم على ذلك ، وذلك إذا صالحهم على إقرارهم على أراضيتهم سواء كان إماما في زمن الصحابة والتابعين أو بعدهم . قيل أمصار المسلمين ثلاثة : أحدها مأمصرة المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط ، فلا يجوز فيها إحداث بيعة ولا كنيسة ولا مجتمع لصلاتهم ولا صومعة بإجماع أهل العلم ، ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس . وثانيها ما فتحه المسلمون عنوة فلا يجوز فيها إحداث شيء بالإجماع ، وما كان فيها شيء من ذلك هل يجب هدمه ؟ فقال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية يجب . وعندنا جعلهم ذمة أمرهم أن يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلاتهم فيها ولكن لا تهدم ، وهو قول للشافعي ورواية عن أحمد ، لأن الصحابة فتحوا كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولا ديرا ، ولم ينقل ذلك قط . وثالثها ما فتح صلحا ، فإن صالحهم على أن الأرض لهم والخراج لنا حاز إحداثهم ، وإن صالحهم على أن الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم في الكنائس على ما يوقع عليه الصلح ، فإن صالحهم على شرط تمكين الإحداث لا يمنعهم ، إلا أن الأولى أن لا يصالحهم إلا على ما وقع عليه صلح عمر رضي الله عنه من عدم إحداث شيء منها ، وإن وقع الصلح مطلقا لا يجوز الإحداث ولا يتعرض للقدمة ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنازير بالإجماع انتهى . وقوله يمنعون من شرب الخمر : أى التجاهر به وإظهاره . وفي المحيط : لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لا يمنعون انتهى . وقال محمد : كل قرية من قرى أهل الذمة أو مصر أو حديقة لم أظهروا فيها شيئا من الفسق مثل الزنا والفواحش التي يحرمونها في دينهم يمنعون منه . وكذا عن المزابير والطناير والغناء : ومن كسر شيئا من ذلك لم يضمن . واعلم أن البيع والكنائس القديمة في السواد لا تهدم على الروايات كلها ، وأما في الأمصار فاختلف كلام محمد ، فذكر في العشر والخراج تهدم القديمة ، وذكر في الإجارة أنها لا تهدم وعمل الناس على هذا ، فلما رأينا كثيرا منها توالى عليها أئمة وأزمان وهي باقية لم يأمر بهدمها إمام فكان متوارثا من عهد الصحابة رضي الله عنهم ، وعلى هذا لو مصرنا بركة فيها دير

ذكره في المغرب ، والمناسبة بين ذكر الحصاء والكنيسة هي أن إحداث الكنيسة في دار الإسلام إزالة لفحولية أهل داره معنى ، كما أن الحصاء إزالة لفحولية الحيوان إن كان الحصاء على حقيقته ، وإن كان المراد به التبتل والامتناع عن النساء بملازمة الكنائس فالمناسبة ظاهرة ، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام « ولا كنيسة » إحداثها فهو نفي بمعنى النهي : أى لا تحدث كنيسة في دار الإسلام ، ويقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم ، وكلها البيعة كان مطلقا في الأصل ،

(قوله والمناسبة بين ذكر الحصاء والكنيسة ، إلى قوله : فالمناسبة ظاهرة) أقول : فحينئذ يكون كقوله عليه الصلاة والسلام « لا رهبانية في الإسلام » .

والصومعة للتخلى فيها بمنزلة البيعة ، بخلاف موضع الصلاة في البيت لأنه تبع للسكنى ، وهذا في الأمصار دون القرى ، لأن الأمصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض بإظهار ما يخالفها . وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى أيضا لأن فيها بعض الشعائر ، والمروى عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لأن أكثر أهلها أهل الذمة . وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقراها

أو كنيسة فوق في داخل السور ينبغي أن لا يهدم لأنه كان مستحقا للأمان قبل وضع السور ، فيحمل ما في جوف القاهرة من الكنائس على ذلك لأنها كانت قضاء فأدبر العبيديون عليها السور ثم فيها الآن كنائس ، ويبعد من إمام تمكين الكفار من إحداثها جهارا في جوف المدن الإسلامية ، فالظاهر أنها كانت في الضواحي فأدبر السور عليها فأحاط بها ، وعلى هذا فالكنائس الموجودة الآن في دار الإسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغي أن لا تهدم ، لأنها إن كانت في أمصار قديمة فلا شك أن الصحابة أو التابعين حين فتحوا المدينة علموا بها وبقواها ، وبعد ذلك ينظر فإن كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بأنهم بقوا مساكن لامعابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب ، وإن عرف أنها فتحت صلحا حكمنا بأنهم أقرروا معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الإظهار ، وانظر إلى قول الكرخي : إنهم إذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا في كنائسهم القديمة من ذلك ما أحبوا ، فأما أن يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر في المصر فليس لهم ذلك ، ولكن ليخرجوا خفية من كنائسهم ، واستدل المصنف على عدم الإحداث بقوله صلى الله عليه وسلم « لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة » . قال المصنف رحمه الله : المراد إحداثها ، وهذا لأن البيعة قد تحققت كثيرا من الصحابة في الصلح . وفي رواية البيهقي تصريح بذلك في سننه عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا خصاء في الإسلام ولا بئان كنيسة » وضعفه . ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام : حدثنا عبيد الله بن صالح ، حدثنا الليث بن سعد ، حدثني ثوبة بن النمر الحضرمي قاضي مصر عن أخبره عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة » قال : وروى أبو الأسود عن ابن لهيعة عن يزيد بن حبيب عن أبي الخير قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : لا كنيسة في الإسلام ولا خصاء . وروى ابن عدي في الكامل بسنده إلى عمر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تبني كنيسة في الإسلام ولا يبني ماخرب منها » وأعل بسعيد بن سنان ، وإذا تعددت طرق الضعيف يصير حسنا . ثم قيل : المراد بالخصاء نزع الحصيتين ، وقيل كناية عن التخلى عن إتيان النساء (والصومعة) وهو ما يبني (للتخلى) عن الناس والانقطاع (فيها) لهم مثلها فيمنع أيضا وكذا يمنع بيت نار . (والمروى عن صاحب المذهب) يعني أبا حنيفة رضي الله عنه كان (في قرى الكوفة لأن أكثر أهلها أهل ذمة) بخلاف قرى المسلمين اليوم ، ولذا قال شمس الأئمة في شرحه في كتاب الإجازات : الأصح عندي أنهم يمنعون عن ذلك في السواد وإن كان هو في السير الكبير قال : إن كانت قرية غالب أهلها أهل الذمة لا يمنعون ، وأما القرية التي سكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على ما ذكرنا ، فصار إطلاق منع الإحداث هو المختار فصديق تميم القدوري منعها في دار الإسلام (قوله وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقراها) فلا يحدث فيها كنيسة ولا تقر لأنهم لا يمكنون من السكنى بها فلا فائدة في إقرارها ، إلا أن تتخذ دار سكنى ولا يباع بها

ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى . وقوله (والصومعة للتخلى فيها بمنزلة البيعة) أي لا يمكنون من إحداث الصومعة التي يتخلون فيها أيضا للعبادة (بخلاف موضع الصلاة) أي صلاة الذمى (في البيت) فإنهم يمكنون من ذلك (لأنه تبع للسكنى) وقوله (والمروى عن صاحب المذهب) أي عن أبي حنيفة رضي الله عنه ،

لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يجتمع دينان في جزيرة العرب » . قال (ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح . وفي الجامع الصغير : ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الأكف) وإنما يؤخذون بذلك لإظهار الصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ، ولأن المسلم يكرم والذي يهان ، ولا يتبدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق ، فلم تكن

خمر ولا في قرية منها ولا في ماء من مياه العرب ويمنعون من أن يتخذوا أرض العرب مسكناً ووطناً ، بخلاف أمصار المسلمين التي ليست في جزيرة العرب يمكنون من سكناها ولا خلاف في ذلك . وذلك (لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ») أخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده : أخبرنا النضر بن شميل ، حدثنا صالح بن أبي الأحوص ، حدثنا الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في مرضه الذي مات فيه « لا يجتمع دينان في جزيرة العرب » ورواه عبد الرزاق قال : أنبأنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يجتمع بأرض العرب ، أو قال بأرض الحجاز دينان » ورواه في الزكاة وزاد فيه : « فقال عمر لليهود : من كان منكم عنده عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم فليأت به ، وإلا فإني مجليكم » قال : فأجلاه عمر . وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك في مرض موته . قال الدارقطني في علله : « هذا صحيح » ، ورواه مالك في الموطأ . قال مالك : قال ابن شهاب : ففحص عمر عن ذلك حتى أتاه اليقين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يجتمع دينان في جزيرة العرب » فأجلى يهود خيبر وأجلى يهود نجران وفدك . وفي صحيح البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما « لما اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه قال : أخرجوا المشركين من جزيرة العرب » وجزيرة العرب من أقصى عدن أبين إلى ريف العراق في الطول ، وأما العرض فن جدة وما والاها من ساحل البحر إلى أطراف الشام ، وسميت جزيرة لانجزار المياه التي حوالها عنها كبحر البصرة وعمان وعدن والفرات . وقيل لأن حوالها بحر الحبش وبحر فارس ودجلة والفرات . وقال الأزهري : سميت بذلك لأن بحر فارس وبحر السودان أحاطا بجانبها الجنوبي ، وأحاط بالجانب الشمالي دجلة والفرات . وقال المنذرى في مختصره : قال مالك : جزيرة العرب المدينة نفسها ، وروى أنها الحجاز واليمن واليمامة ، وحكى البخاري عن المغيرة قال : هي أرض مكة والمدينة (قوله وتؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم) أنفسهم (وفي مراكبهم وسروجهم وقلانسهم) وحاصل هذا أن أهل الذمة لما كانوا مخالطين لأهل الإسلام فلا بد مما يتميز به المسلم من الكافر كي لا يعامل معاملة المسلم في التوقير والإجلال وذلك لا يجوز ، وربما يموت أحدهم فجأة في الطريق ولا يعرف فيصل عليه ، بخلاف يهود المدينة لم يأمرهم صلى الله عليه وسلم بذلك لأنهم كانوا معروفين بأعيانهم لجميع أهل المدينة ولم يكن لهم زى عال على المسلمين ، وإذا وجب التميز وجب أن يكون بما فيه صغار لا إعزاز لأن إذلهم لازم بغير أذى من ضرب أو صفع بلاسبب يكون منه ، بل المراد اتصافه بهيئة وضبعة ولذا أمروا (بالكستيجات) وهو خيط في غلظ الأصبع من الصوف يشده فوق

والمراد بالمروى هو ما ذكره آنفا بقوله وهذا في الأمصار دون القرى . وقوله (في جزيرة العرب) قيل : إنما سميت أرض العرب بالجزيرة لأن بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد أحاطت بها . وقوله (ويؤخذ أهل الذمة بالتميز) ظاهر . وذكر رواية الجامع الصغير لكونها كالتفسير لما ذكره القدوري كأنه قال : وكيفية التميز ما ذكره في الجامع الصغير الخ . والكستيج خيط غليظ بقدر الأصبع يشده الذي فوق ثيابه دون ما يزينون به من الزناير المتخذة من الإبريسم . وقوله (صيانة لضعفة المسلمين) أي الضعفة في الدين لا البدن : أي يفعل

علامة مميزة فاعلمه يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز ؛ والعلامة يجب أن تكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الإبريسم فإنه جفاء في حق أهل الإسلام ، ويجب أن يتميز نساؤهم عن نساتنا في الطرقات والحمامات ، ويجعل على دورهم علامات كى لا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة . قالوا : الأحق أن لا يتركوا أن يركبوا إلا للضرورة ، وإذا ركبوا للضرورة فليزولوا في مجامع المسلمين ، فإن لزم الضرورة انخذلوا سروجاً

ثيابه دون الزنار من الإبريسم (لأن فيه جفاء بالمسلمين) أى إغلاظا عليهم فهو من حسن العشرة معهم ولدفع الضرر عن ضعفة المسلمين في الدين فرما يرقون بجملهم فيقولون الكفار أحسن حالا منا فإنهم في خفض عيش ونعمة ونحن في كدّ وتعب ، وإليه أشار بقوله تعالى - ولولا أن يكون للنفس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقما من فضة ومعارج عليها يظهرون - تنبها على خسة الدنيا عند الله عز وجل ، وإذا منع من شدّ زنار وهو حاشية رقيقة من الإبريسم فننعمهم من لباس الثياب الفاخرة التي تعدّ عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريرا أو غيره كالصوف المربع والجوخ الرفيع والأبراد الرقيقة أولى . ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار ، ولا شك في منع استكتابهم وإدخالهم في المباشرة التي يكون بها معظما عند المسلمين ، بل ربما يقف بعض المسلمين خجلة له خوفا من أن يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر ، وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحمر كهيئة الأكف أو قريبا منه ، ولا يركبون الخيل ، بل اختار المتأخرون أن لا يركبوا أصلا إلا إذا خرجوا إلى أرض قرية ونحوه أو كان مريضا : أى إلا أن تلزم الضرورة فيركب ثم ينزل في مجامع المسلمين إذا مرّ بهم ولا يحملون السلاح ويضيق عليهم الطريق ولا يبدأ بالسلام ، ويرد عليه بقوله وعليكم فقط . وإذا عرف أن المقصود العلامة فلا يتعين ما ذكر ، بل يعتبر في كل بلد ما يتعارفه أهله ، وفي بلادنا جعلت العلامة في العمامة فألزموا النصارى العمامة الزرقاء واليهود العمامة الصفراء واختص المسلمون بالبيضاء ، وكذا تؤخذ نساؤهم بالزى في الطرق فيجعل على ملاء اليهودية خرقه صفراء وعلى النصراتية زرقاء ، وكذا في الحمامات ، وكذا تميز دورهم

ذلك بهم لكي يكونوا في أعين المسلمين الذين لم يتصلبوا في دين الإسلام أذلاء صاغرين حتى لا يميلوا إلى الكفر بسبب سعتهم في الرزق والملابس والمراكب ورونق حالهم . فإن قيل : لم يأخذ النبي صلى الله عليه وسلم من يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بذلك فيكون بدعة . أجيب بأنهم في زمن النبي صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين في المدينة لا يشبهه حالهم فلم يقع الاحتياج إلى ذلك ، ثم في زمن عمر رضي الله عنه لما كثرت الناس ممن يعرف من لا يعرف وقعت الحاجة إلى ذلك ، فأمر بذلك بمحضر من الصحابة وكان صوابا . قال صلى الله عليه وسلم : « أينما دار عمر فالحق معه » وقوله (فإنه جفاء في حق أهل الإسلام) أى ترك حسن العشرة بأهل الإسلام لأن في الأمر لأهل النعمة بتميزهم بما يوجب إعزازهم من اتخاذ الزنار من الإبريسم إهانة لأهل الإسلام ، لأن من أعزّ عدو صديقه فقد أهان صديقه معنى : وقوله (أن لا يركبوا إلا للضرورة) يعنى كالحروج إلى الرستاق وذهاب المريض

(قوله كانوا معروفين في المدينة) أقول : فيه بحث (قال المصنف : أن لا يركبوا إلا للضرورة) أقول : في فتاوى الإمام القزويني قبل آخر الكتاب بورقتين تخميناً . وفي شرح الحلواني : ولا يمنعون من ركوب الحمار لأن ركوب الحمار ذل غير أنه يمنع من أن يضع عليه العرج : وكذا لا يمنعون من ركوب البغل لأنه تبع الحمار والبزود بمنزلة الحمار ؛ لا يرى أنه يوضع عليه الإكاف ، بخلاف الفرس لأن ركوبه عز ، وركوب الجمل جلال يمنعون عنه إلا عند الحاجة إليهم بأن يستعين بهم الإمام في الحاربة والذب عن المسلمين فلا بأس بأن يركبوا ، وهذا كله إذا وقع الظفر عليهم ومن عليهم ، فأما إذا وقع الصلح معهم على بعض هذه الأشياء فإنهم يتركون على ذلك اهـ .

بالصفة التي تقدمت، ويمنعون من لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف (ومن امتنع من الجزية أو قتل مسلماً أو سب النبي عليه الصلاة والسلام أو زنى بمسلمة لم ينتقض عهده) لأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لأدائها والالتزام باق. وقال الشافعي: سب النبي صلى الله عليه وسلم يكون نقضاً لأنه ينتقض إيمانه فكذلك ينتقض أمانه إذا عقد الذمة خلف عنه. ولنا أن سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر منه، والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفع.

عن دور المسلمين كى لا يقف سائل فيدعو لهم بالمغفرة أو يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين (ويمنعون من لباس يختص أهل العلم والزهد والشرف) وتجعل مكابيحهم خشنة فاسدة اللون، ولا يلبسوا طيا لسة كطيالسة المسلمين ولا أودية كآرديتهم، هكذا أمرنا واتفقت الصحابة على ذلك (قوله ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلماً أو زنى بمسلمة أو سب النبي صلى الله عليه وسلم لم ينتقض عهده) فيصير مباح الدم باعتبار أنه لا عهد له عندنا، وقيد بأدائها لأنه لو امتنع من قبولها نقض عهده. والشافعي ينتقض عهده بالامتناع عن أداء الجزية وقبول أحكام الإسلام، ولا ينتقضه بزناه بمسلمة أو أن يصيبها بتكاح أو أن يفتن مسلماً عن دينه أو يقطع الطريق أو يدل على عورات المسلمين أو يقتل مسلماً، وهو قول مالك وأحمد، إلا أن مالكا قال: ينتقض بإكراه المسلمة على الزنا أو سبه عليه الصلاة والسلام أو ذكره تعالى بما لا ينبغي فإنه يقتله به إن لم يسلم، ووافقه في هذا الشافعي في قول واحد في رواية، وللشافعي أيضاً فيها إذا ذكره تعالى بما لا ينبغي أو سبه عليه الصلاة والسلام قولان آخران: أحدهما لا ينتقض، والآخر ينتقض، وجه قوله هذا (أنه بذلك ينتقض إيمانه) لو كان مسلماً (فينتقض به أمانه) إذ عقد الذمة خلف عن الإيمان (في إفادة الأمان فما ينتقض الأصل ينتقض الخلف الأدنى بالطريق الأولى. وروى أبو يوسف عن حفص بن عبد الله عن ابن عمر أن رجلاً قال له: سمعت راهباً سب النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: لو سمعته لقتلته، إن لم نعظمهم اليهود على هذا. قال المصنف (ولنا أن سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر من الديني) كما هو ردة من المسلم (والكفر المقارن) لعقد الذمة (لا يمنع عقد الذمة) في الابتداء (فالكفر الطارئ لا يرفع) في حال البقاء بطريق أولى، يؤيده ما روى عن عائشة رضي الله عنها «أن رهطاً من اليهود دخلوا عليه صلى الله عليه وسلم فقالوا: السام عليك، فقال وعليكم، قالت: ففهمتها وقلت: عليكم السام واللعنة، فقال صلى الله عليه وسلم مهلاً: يا عائشة فإن الله يحب الرفق في الأمر كله، قالت: فقلت يارسول الله ألم تسمع ما قالوا؟ قال صلى الله عليه وسلم: قد قلت وعليكم» ولا شك أن هذا سب منهم له صلى الله عليه وسلم، ولو كان نقضاً للعهد لقتلهم لصبر ورهم حربيين، قالوا: وحديث ابن عمر إسناداه ضعيف، وجاز أن يكون قد شرط عليهم أن لا يظهروا سبه صلى الله عليه وسلم. والذي عندي أن سبه صلى الله عليه وسلم أو نسبة ما لا ينبغي إلى الله تعالى إن كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد إلى الله تعالى وتقدس عن ذلك إذا أظهره يقتل به وينتقض عهده، وإن لم يظهر ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا. وهذا لأن دفع القتل والقتال عنهم يقبول الجزية الذي هو المراد بالإعطاء مقيد بكونهم صاغرين أذلاء بالنص، ولا خلاف أن المراد استمرار ذلك لا عند مجرد القبول وإظهار ذلك منه بتأني قيد قبول الجزية دافعاً لقتله لأنه الغاية في القرد وعدم الالتفات والاستخفاف بالإسلام والمسلمين فلا يكون جارياً على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغراً ذليلاً. وأما اليهود المذكورون في حديث عائشة فلم يكونوا أهل ذمة بمعنى إعطائهم الجزية، بل كانوا أصحاب مودة بلا مال يؤخذ منهم دفعا لشركهم إلى أن أمكن الله منهم، لأنه لم توضع جزية قط على اليهود المجاورين من قريظة والنضير، وهذا البحث منا يوجب أنه إذا استعلى على

إلى موضع يحتاج إليه. وقوله (بالصفة التي تقدمت) يعني كهيئة الأكف: وقوله (لأنه ينتقض إيمانه) يعني لو كان مسلماً ويسب النبي صلى الله عليه وسلم والعباد بالله نقض إيمانه (فكذلك ينتقض أمانه) وذمته.

قال (ولا ينقض العهد إلا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا على موضع فيحاربوننا) لأنهم صاروا حربا علينا فيعري عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب (وإذا نقض الذمى العهد فهو بمنزلة المرتد) معناه في الحكم بموته بالحق لأنه التحق بالأموات ، وكذا في حكم ما حمله من ماله ، إلا أنه لو أسرى سرق بخلاف المرتد .

(فصل)

(ونصارى بنى تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة) لأن عمر رضى الله عنه صالحهم على ذلك بمحض من الصحابة (ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم) لأن الصلح وقع على الصدقة

المسلمين على وجه صار متمردا عليهم حل للإمام قتله أو يرجع إلى الذل والصغار (قوله ولا ينقض عهده إلا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا) أى أهل الذمة (على موضع) قرية أو حصن (فيحاربوننا لأنهم) بكل من الخصميتين (صاروا حربا علينا) وعقد الذمة ما كان إلا لدفع شر حرابهم (فيعري عن الفائدة) فلا يبقى (وإذا انتقض عهده فحكمه حكم المرتد ، معناه في الحكم بموته بالحق لأنه التحق بالأموات) وإذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته ، ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التى خلفها في دار الإسلام إجماعا ويقسم ماله بين ورثته (وكذا في حكم ما حمله من ماله) إلى دار الحرب بعد النقض : ولو ظهر على الدار يكون فينا لعامة المسلمين كالمرتد إذا التحق بماله ؛ ولو لحق بدار الحرب ثم عاد إلى دار الإسلام وأخذ من ماله وأدخله دار الحرب ثم ظهر على الدار فالورثة أحق به قبل القسمة مجانا وبعد القسمة بالقيمة لأن الملك لم يمت حين أخذه فإن عاد بعد الحكم بالحق في رواية يكون فينا وفي رواية لا . ولا يبعد أن يقال انتقاله إلى المكان الذى تغلبوا فيه كانتقاله إلى دار الحرب إن لم تكن متاخمة لدار الإسلام بالاتفاق وإن كانت على قولهما . وقوله (إلا أنه لو أسرى سرق) استثناء من قوله هو بمنزلة المرتد (بخلاف المرتد) إذا لحق ثم ظهر على الدار فأسرى لا يسرق بل يقتل إذا لم يسلم ، وكذا يجوز وضع الجزية عليه إذا عاد بعد نقضه وقبلها لأنه ما كان التزم بالذمة الإسلام بل أحكامه فجاز أن يعود إلى الذمة ، بخلاف المرتد التزم الإسلام فلا بد أن يعود إليه ، أما إذا لم يعد ولم يقبلها حتى أخذ بعد الظهور فقد أسرق فلا يتصور منه جزية ، والله الموفق .

(فصل)

أفرد أحكام نصارى بنى تغلب بفضل لأن حكمهم مخالف لسائر النصارى ، وتغلب بن وائل من العرب قوله (وكذا في حكم ما حمله من ماله) يعنى أن الذى إذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفى يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فينا ، كالمرتد إذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فينا . وقوله (إلا أنه لو أسرى) استثناء من قوله فهو بمنزلة المرتد : يعنى بخلاف المرتد فإنه لا يسرق بل يقتل إن أصر على ارتداده .

(فصل)

ذكر نصارى بنى تغلب في فصل على حدة ، لأن لهم أحكاما مخصوصة بهم تخالف أحكام سائر النصارى ،

(فصل ونصارى بنى تغلب)

(قال المصنف : يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين) أقول : أى من أموال المسلمين على تقدير المضاعف ، والظاهر أنه لاجابة إلى ذلك لاستقامة الكلام بدونه . (قال المصنف : لأن عمر صالحهم الخ) أقول : فإن قيل هذا الصلح مخالف لقوله تعالى - حتى يملأوا

المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف : وقال زفر رحمه الله - لا يؤخذ من نسائهم أيضا ، وهو قول الشافعي لأنه جزية في الحقيقة على ما قال عمر : هذه جزية فسموها ماشئتم ، ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على الذنوب . ولنا أنه مال وجب به الصلح ، والمرأة من أهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية ؛

من ربيعة تنصروا في الجاهلية ، فلما جاء الإسلام ثم زمن عمر دعاهم عمر رضى الله عنه إلى الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا : نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال : لا آخذ من مشرك صدقة فلتحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرة : يا أمير المؤمنين إن القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأثفون من الجزية فلا تمن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة ، فبعث عمر رضى الله عنه في طلبهم وضعف عليهم ، فأجمع الصحابة على ذلك ثم الفقهاء . وفي رواية أبي يوسف بسنده إلى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي أنه قال لعمر رضى الله عنه : إن بني تغلب الحديث ، إلى أن قال : فصالحهم عمر رضى الله عنه على أن لا يغمسوا أحدا من أولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم في الصدقة ، وعلى أن يسقط الجزية من رعوسهم اهـ . ففي كل أربعين شاة لهم شاتان ، ولا زيادة حتى تبلغ مائة وعشرين ١ ففيها أربع شياه ، وعلى هذا في البقر والإبل . ثم اختلف الفقهاء هل هي جزية على التحقيق من كل وجه أولا ؟ فقليل من كل وجه فلا يؤخذ من المرأة والصبي ، فلو كان للمرأة ماشية ونقود لا يؤخذ منها شيء وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة : قال الكرخي : وهذه الرواية أقيس وهو قول الشافعي لأن الواجب بكتاب الله تعالى عليهم الجزية ، فإذا صالحوهم على مال جعل واقعا موقع المستحق ، يؤيده قول عمر رضى الله عنه هذه جزية سموها ماشئتم . وقال أصحابنا : هو وإن كان جزية في المعنى فهو واجب بشرائط الزكاة وأسبابها إذ الصلح وقع على ذلك ، ولهذا لا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطى جالسا إن شاء ولا يؤخذ بتبليبه (والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال وذلك لا يخص الجزية) والمرأة من أهله ومن أهل ما يجب من المال بالصلح فيؤخذ منها بخلاف الصبي والمجنون لا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم لعدم وجود الزكاة عليهم عندنا ، بخلاف أرضهم فيؤخذ خراجها لأنه وظيفة الأرض وليس عبادة لتخص البالغين

وكلامه واضح . والأصل فيه ما ذكر أبو يوسف في كتاب الخراج بإسناده إلى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي أنه قال لعمر : يا أمير المؤمنين إن بني تغلب من قد علمت شوكتهم وإنهم يلزء العدو ، فإن ظاهروا عليك العدو اشتدت المؤنة ، فإن رأيت أن تعطيت شيئا فافعل ، قال : فصالحهم عمر على أن لا يغمسوا أحدا من أولادهم في النصرانية ، وتضاعف عليهم الصدقة ، وعلى أن تسقط الجزية عن رعوسهم ، فكل نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتى تبلغ أربعين ، فإذا بلغت أربعين شاة سائمة ففيها شاتان إلى مائة وعشرين ، فإذا زادت واحدة ففيها أربع من الغنم ، وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم ، وكذلك الإبل والبقر إذا وجب على المسلم شيء في ذلك فعلى التغلبي مثله مرتين ، ونساؤهم كرجالهم في الصدقة ، وأما الصبيان فليس عليهم شيء وكذلك أراضيهم التي كانت في أيديهم يوم صلحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين . وقوله (والمرأة من أهل وجوب مثله) أى مثل مال وجب بالصلح .

الجزية - الخ ، قلنا : ذلك مخصوص بالآيات الدالة على جواز الصلح كما مر في باب المودة (قال المصنف : ولنا أنه مال وجب بالصلح) أقول : ليس فيما ذكر من قبلنا جواب عما قاله عمر ، وتأمل أنت فيه (قال المصنف : والمرأة من أهل وجوب مثله) أقول : لعل لفظ مثل مقسم

(١) (قوله مائة وعشرين) صوب العلامة البحراوى نقلا عن النهى مائة وأحد وعشرين اهـ كتيبه مصححه .

ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها (ويوضح على مولى التغلبي الخراج) أى الجزية (وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشي) وقال زفر : يضاعف لقوله عليه الصلاة والسلام « إن مولى القوم منهم » ، ألا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة . ولنا أن هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالأصل فيه ، ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانيا ، بخلاف حرمة الصدقة لأن الحرمات تثبت بالشبهات فألحق المولى بالهاشمي في حقه .

كنفقة عبيدهم : وحاصل ما ذكرنا يفيد أنه روعي في هذا المأخوذ جهة الجزية في المصروف وفيما سوى ذلك روعي جهة الزكاة : أما الأول فلأنه حقيقة الجزية . وأما الثاني فلأن ما وقع عليه الصلح لا يغير ، وهذه الجزية التي وجبت بالصلح : وقد علمت أن الجزية قسمان : قسم يجب بالصلح فيتعين على الوجه الذي وقع عليه الصلح كيفما وقع ، والذي يراعى فيه من وجب عليه وصفه وكيته هو الجزية التي يبتدئ الإمام وضعها شاعوا أو أبوا على ما تقدم (قوله ويوضح على مولى التغلبي) أى معتقه (الخراج : أى الجزية وخراج الأرض ، وقال زفر : يضاعف) عليه ما يؤخذ من المسلمين كالتغلبي نفسه (لقوله عليه الصلاة والسلام « مولى القوم منهم » وهذا الحديث استدللنا به في الزكاة على حرمان مولى الهاشمي الزكاة ، فكذا استدلل به على التضعيف على مولى التغلبي ، وجميع الأحاديث المذكورة في هذا الفصل تقدم الكلام عليها في كتاب الزكاة من هذا الكتاب (ولنا أن هذا) أى وضع الصدقة المضاعفة (تخفيف) إذ لم يكن فيه وصف الصغار والذلة برغبتهم في ذلك واشتقاقهم ماسوا (والمولى لا يلحق بالأصل فيه) أى في التخفيف ؛ ألا ترى أن الإسلام أعلى أسباب التخفيف ، ولو كان لمسلم مولى نصراني وضعت عليه الجزية ولم يتعد إليه التخفيف الثابت بالإسلام فلأن لا يتعدى التخفيف الثابت بوصف التغلبي أولى (بخلاف حرمة الصدقات) على الهاشمي لأنه ليس تخفيفا بل تحريم (والحرمات تثبت بالشبهات فألحق مولى الهاشمي به) وينقض

وقوله (ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها) أى فيما أخذ منهم من المضاعفة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والإعطاء قائما والتابض قاعد وأخذ التلييب على مامر . قوله (ويوضح على مولى التغلبي الخراج : أى الجزية وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشي) أى لا تؤخذ الجزية وخراج الأرض من القرشي وتؤخذ من معتقه فكذلك ها هنا تؤخذ الجزية من معتق التغلبي وإن لم يؤخذ من التغلبي (قوله ولنا أن هذا) أى أخذ مضاعف الزكاة (تخفيف) يعنى لما ذكرنا أنه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية (والمولى لا يلحق بالأصل فيه) أى في التخفيف (ولهذا) أى ولكون المولى لا يلحق بالأصل في التخفيف (توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانيا) ولم يلحق بمولاه في ترك الجزية وإن كان الإسلام أعلى أسباب التخفيف وأولاه . فإن قيل : حرمة الصدقة ليست بتغليظ بل هي تخفيف بالتخليص عن التدنس بالآثام وقد ألحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي أجاب بقوله بخلاف حرمة الصدقة الخ . وقوله (في حقه) أى فيما هو حق مولاه وهو حرمة الصدقة . فإن قيل : ما بال مولى الغني لم يلحق به في حرمة الصدقة والعلة المذكورة وهي أن الحرمات تثبت بالشبهات موجودة .

(قوله فإن قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ الخ) أقول : فيه بحث ، فإن الإثم ليس بثابت قبل الحرمة حتى يتخلص بها عنه ، بل ثبوته بها ، فالحرمة ليست بتخفيف بل تغليظ على مالا يخفى . والقول بأن المراد إظهار حرمة الصدقة لا يناسب المقام . ثم إن المولى إنما لا يلحق بالأصل في التخفيف إذا كان المولى من أهل التغليظ كما فيما نحن فيه ، وليس مولى الهاشمي كذلك . والحق أن قول المصنف بخلاف حرمة الصدقة ليس جوابا عما ذكره الشارح (قوله وقوله في حقه : أى فيما هو حق مولاه) أقول : لا يظهر أن يقال : أى في حق حرمة الصدقة ، وأمر التذكير والتأنيث سهل ، فإن الحرمة في تأويل أن يحرم أو الحرمان .

ولا يلزم مولى الغنى حيث لا تحرم عليه الصدقة، لأن الغنى من أهلها، وإنما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى؛ أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلة أصلاً لأنه صين لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فألحق به موله . قال (وما جباه الإمام من الخراج ومن أموال بني تغلب وما أهده أهل الحرب إلى الإمام

يمولى الغنى تحرم الصدقة على معتقه ولم تتعد إليه فقال (لا يلزم لأن الغنى من أهل الصدقة) في الجملة ؛ ألا ترى أنه لو كان عاملاً عليها أعطى كفايته منها (وإنما الغنى مانع) من الإسقاط عن المعطى له شرعاً تحقق في حق سيده ولم يتحقق في المولى فخص السيد. أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلة أصلاً لشرفه وكرامته (لا تساخها ولذا لا يعطى منها لو كان عاملاً (فألحق به موله) لأن التكريم أن لا ينسب إليه تلك الأوساخ بنسبة. فإن قلت: هذا تقديم للمعنى على النص، وهو قوله صلى الله عليه وسلم «مولى القوم منهم». أجيب بأن الحديث غير مجرى على عمومته بالإجماع، فإن مولى الهاشمي لا ينزل منزلته في الكفاءة للهاشمية والإمامة فكان عاماً مخصصاً بالنسبة إلى الكفاءة والإمامة فيخص بالمعنى الذى ذكرناه أيضاً، وهو أنه تخفيف فلا يتعدى بالنسبة للتضعيف إلى المولى الأسفل بدليل التخفيف بالإسلام لم يتعد إلى المولى فيختص كون المولى منهم بما فيه دفع نقيصة لما أن نقيصة المولى الأسفل تنسب إلى موله . ووجه آخر بأن القياس أن لا يكون المولى منهم ولا ملزوماً لأحكامهم لأنه ليس منهم حقيقة ، وقد ورد الحديث به في منع الزكاة وهو ما روى: أنه صلى الله عليه وسلم استعمل أرقم بن أرقم على الصدقات فاستتبج أبا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إن الصدقة لا تحل لمحمد ولا آل محمد، وإن مولى القوم منهم» فإذا علم عدم عمومته فليخص بسببه وهو الزكاة . وأما الجواب بأن قيل لم يوافق زفر أحد من الفقهاء فقيل بل قوله مروى عن الشعبي (قوله وما جباه الإمام من الخراج ومن أموال بني تغلب ، وما أهده أهل الحرب إلى الإمام

أجاب بقوله (لأن الغنى من أهلها) أى من أهل الصدقة في الجملة ولهذا حلت له إذا كان عاملاً (وإنما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى ، وأما الهاشمي فليس بأهل لها أصلاً لأنه صين لشرفه . وكرامته عن أوساخ الناس فألحق به موله) ويجوز أن يقال : حرمة الصدقة على بنى هاشم تشريف لهم ، وفي إلحاق المولى بهم زيادة في التشريف وحرمتها على الغنى لغناه، وفي إلحاق موله به لا يزداد غنى، ولم يذكر الجواب عما استدلت به زفر من الحديث وهو أنه غير مجرى على عمومته ، فإن مولى الهاشمي ليس كهو في الكفاءة بالإجماع فوجب التأويل بأنه محمول على التعاون والتناصر لأنه من لوازمه ، فإن الرجل إذا كان من القوم يقوم بنصرتهم . وقال شمس الأئمة السرخسي : القياس في الكل سواء ، وهو أن لا يلحق مولى القوم بهم إلا أن ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على بنى هاشم ، وهو ما روى: « أن أبارافع سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتحل له الصدقة؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ، أنت مولانا ومولى القوم من أنفسهم » والمخصوص من القياس بالنص لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه ، وهذا ليس في معنى ما ورد فيه النص لأن ذلك كان لإظهار فضيلة قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم في إلحاقهم مولاهم بهم ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء . وقوله (وما جباه الإمام) أى جمعه، والتغور جمع

(قوله لا يزداد غنى) أقول: فيه بحث ، فإنه لو ازداد غنى لا يبعد أيضاً ، إذ لا تعلق له بالإلحاق ، والجواب منع ذلك فإن الغنى من الوجه المشروع محمود فتأمل (قوله فوجب التأويل بأنه محمول على التعاون والتناصر الخ) أقول : فإن قيل : النبى عليه الصلاة والسلام مبعوث لبيان الأحكام . قلنا : ما نحن فيه أيضاً كذلك ، حيث يدل على أن المعتق عاقلة المعتق ، فإن العقل باعتبار النعمة (قوله إلا أن ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على بنى هاشم ، وهو ما روى أن أبا رافع رضى الله عنه الخ) أقول : الأظهر أن يقال على ما روى أو نحوه ، ثم أقول : فيه بحث ، لأن العبارة لمعوم اللفظ لا لمخصوص السبب ، إلا أن يمنع العموم مستنداً بأنه مجمل فليتأمل .

والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور، ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ، ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذرائعهم) لأنه مال بيت المال فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذرائع على الآباء ، فلولم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا إلى الاكتساب فلا يتفرغون للقتال (ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء) لأنه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت ، وأهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي ، والله أعلم .

والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور ، وهي مواضع يخاف هجوم العدو فيها من دار الإسلام (وبناء القناطر والجسور) وهي ما توضع وترفع فوق الماء لير عليه ، بخلاف القنطرة يحكم بناؤها ولا ترفع (ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ، وتدفع منه أرزاق المقاتلة وذرائعهم) فإنه يجب نفقتهم عليهم فلولم يكفوها من بيت المال اشتغلوا بالكسب وتركوا الاستعداد للدفع وهذا (لأنه مال بيت المال لأنه وصل إلى المسلمين من غير قتال) وما كان كذلك فهو مال بيت المال ، بخلاف الحاصل بسبب القتال فإنه يقسم بين الغانمين ولا يوضع في بيت المال ، وإذا كان مال بيت المال يصرف في مصالح المسلمين وهؤلاء عملهم ، وزاد المصنف في التجنيس في علامة السيد أبي شجاع أنه يعطى أيضا للمعلمين والمتعلمين وبهذا تدخل طلبة العلم ، بخلاف المذكور هنا لأنه قبل أن يتأهل عامل لنفسه لكن ليعمل بعده للمسلمين (قوله ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لأنه نوع صلة وليس بدين ، ولكونه صلة سمي عطاء فلا يملك قبل القبض) فلا يورث (ويسقط بالموت) وهذا لأنه مات قبل تأكد حقه بمجيء وقت المطالبة ، والحق الضعيف لا يجري فيه الإرث كسهم الغازي في دار الحرب لا يورث ، بخلاف ما إذا تأكد سهمه بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة فإنه يورث على ما أسلفناه ، وتقييد محمد رحمه الله في الجامع الصغير بنصف السنة ربما يشعر بأنه إذا مات آخرها يعطى ورثته ، وقالوا : لا يجب أيضا ولكن يستحب لأنه أوفى عناءه : أي تعبته في عمله للمسلمين فيستحب أن يعطى : وعلى شمس الأئمة عدم وجوب إعطائه بعد ماتت السنة أيضا بما ذكرنا في نصفها ، فأفاد أنه لم يتأكد الحق بعد ماتت السنة أيضا معولا على أنه صلة فلا يملك قبل القبض ، وهذا يقتضى قصر الإرث على حقيقة الملك : والوجه يقتضى وجوب دفعه لورثته لأن حقه تأكد بإتمام عمله في السنة كما قلنا إنه يورث سهم الغازي بعد الإحراز بدار الإسلام لتأكد الحق حينئذ وإن لم يثبت له ملك : وقول فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير : وإنما خص نصف السنة لأن عند آخرها يستحب أن يصرف ذلك إلى ورثته ، فأما قبل ذلك فلا إلا على قدر عنائه يقتضى أن يعطى حصته من العام . ثم قيل : رزق القاضي ومن في معناه يعطى في آخر السنة ، ولو أخذ في أولها ثم مات أو عزل قبل مضيتها ، قيل

ثغر وهو موضع مخافة البلدان ، والقنطرة ما لا يرفع ، والجسر ما يرفع . (قوله وهؤلاء عملتهم) أي القضاة وعمالهم والعلماء عملة المسلمين والعملة جمع عامل (قوله فلا شيء له من العطاء) العطاء ما يكتب للغزاة في الديوان ولكل من قام بأمر من أمور الدين كالقاضي والمفتي والمدرس ، وفي الابتداء كان يعطى كل من كان له ضرب مزية في الإسلام كأزواج النبي صلى الله عليه وسلم وأولاد المهاجرين والأنصار ، وكذلك لو مات في آخر السنة لا يورث العطاء لأنه صلة فلا يملك قبل القبض وإنما وضع المستلة في نصف السنة ، لأنه لو مات في آخر السنة يستحب صرف ذلك إلى قريبه لأنه قد أوفى عناءه فيستحب الصرف إلى قريبه ليكون أقرب إلى الوفاء .

باب أحكام المرتدين

قال (وإذا ارتدّ المسلم عن الإسلام والعباذ بالله عرض عليه الإسلام ، فإن كانت له شبهة كشفت عنه) لأنه عساه اعتزته شبهة فتزاح ، وفيه دفع شره بأحسن الأمرين ، إلا أن العرض على ماقالوا غير واجب لأن الدعوة بلغته . قال (ويحبس ثلاثة أيام ، فإن أسلم وإلا قتل . وفي الجامع الصغير : المرتد يعرض عليه الإسلام فإن أبى قتل) وتأويل الأول أنه يستمهل فيمهل ثلاثة أيام

يجب رد مابقى ، وقيل على قياس تعجيل المرأة النفقة لا يجب ، وقال محمد : أحب إلى رد الباقي كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها فمات قبل التزوج لعدم حصول المقصود . وعندهما هو صلة من وجه فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة ، ذكره في جامعي قاضيه خان والقرطاشي . والعتاء : هو ما يثبت في الديوان باسم كل ممن ذكرنا من المقاتلة وغيرهم ، وهو كالجلمكية في عرفنا إلا أنها شهرية والعتاء سنوى .

(باب أحكام المرتدين)

لما فرغ من بيان أحكام الكفر الأصلي شرع في بيان أحكام الكفر الطارئ . والمرتد : هو الراجع عن دين الإسلام . (قوله وإذا ارتدّ المسلم عن الإسلام والعباذ بالله عرض عليه الإسلام ، فإن كانت له شبهة) أبداها (كشفت عنه لأنه عساه اعتزته) أى عرضت له (شبهة فتزاح عنه ، وفيه دفع شره بأحسن الأمرين) وهما القتل والإسلام وأحسنهما الإسلام . ولما كان ظاهر كلام القدورى وجوب العرض قال (إلا أن العرض على ماقالوا) أى المشايخ (غير واجب) بل مستحب (لأن الدعوة قد بلغته) وعرض الإسلام هو الدعوة إليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة (قوله ويحبس ثلاثة أيام ، فإن أسلم) فيها (وإلا قتل) وهذا اللفظ أيضا من القدورى يوجب وجوب الإنظار ثلاثة أيام على ما عرف من الأخبار في مثله ، فذكر عبارة الجامع وهو قوله (وفي الجامع الصغير : المرتد يعرض عليه الإسلام ، فإن أبى قتل) أى مكانه فإنه يفيد أن إنظاره الأيام الثلاثة

(باب أحكام المرتدين)

لما فرغ من بيان أحكام الكفر الأصلي ذكر في هذا الباب أحكام الكفر الطارئ ، لأن الطارئ إنما هو بعد وجود الأصلي وكلامه واضح . وقوله (إلا أن العرض على ماقالوا غير واجب) ظاهر المذهب : قال في الإيضاح : ويستحب عرض الإسلام على المرتدين ، هكذا روى عن عمر لأن رجاء العود إلى الإسلام ثابت لاحتمال أن الردة كانت باعتراض شبهة . وقوله (وتأويل الأول) يعنى به قوله ويحبس ثلاثة أيام (أنه يستمهل) أى يطلب المهلة فيحبس ثلاثة أيام ، وأما إذا لم يطلب فالظاهر من حاله أنه متعنت في ذلك فلا بأس بقتله ، إلا أنه يستحب أن يستتاب لأنه بمنزلة كافر بلغته الدعوة . فإن قيل : تقدير المدة هاهنا بثلاثة أيام نصب الحكم بالرأى فيما لا مدخل له فيه لأنه من المقادير . أجيب بأن هذا من قبيل إثبات الحكم بدلالة النص ، لأن ورود النص في خيار البيع بثلاثة

(باب أحكام المرتدين)

(قال المصنف : إلا أن العرض على ماقالوا غير واجب) أقول : قوله على ماقالوا متعلق بنفي واجب القدر (قوله إلا أنه يستحب أن يستتاب لأنه بمنزلة كافر بلغته الدعوة) أقول : تعليل لقوله يستحب أن يستتاب (قوله أجيب بأن هذا الخ) أقول : فيه تأمل . فإن المهلة

لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أو لم يطلب . وعن الشافعي أن على الإمام أن يؤجله ثلاثة أيام ، ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهراً فلا بد من مدة يمكنه التأمل فقدرناها بالثلاثة . ولنا قوله تعالى - فاقتلوا المشركين - من غير قيد الإمهال ، وكذا قوله عليه الصلاة والسلام « من بدل دينه فاقتلوه » ولأنه كافر حربى بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال ، وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم ، ولا فرق بين الحر والعبد لإطلاق الدلائل .

ليس واجبا ولا مستحبا ، وإنما تعينت الثلاثة (لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار) بدليل حديث حبان بن منقذ « في الخيار ثلاثة أيام » ضربت للتأمل لدفع الغبن ، وقصة موسى صلى الله عليه وسلم مع العبد الصالح - إن سألتك عن شيء بعدها فلا تصاحبني - وهي الثالثة إلى قوله - قد بلغت من لدنى عذرا - وعن عمر رضى الله عنه أن رجلا أتاه من قبل أبي موسى فقال له : هل بمن مغربة خبر ؟ فقال نعم . رجل ارتد عن الإسلام فقتلناه ، فقال له : هلا حبستموه في بيت ثلاثة أيام وأطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله يتوب . ثم قال : اللهم إني لم أحضر ولم أمر ولم أرض . أخرجه مالك في الموطأ ، لكن ظاهر تبرئ عمر رضى الله عنه يقتضى الوجوب . ثم قال المصنف (تأويل الأول) وهو قول القدورى الدال على وجوب إمهال الأيام الثلاثة (أن يستمهل فيمهل) وظاهر المبسوط الوجوب فإنه قال إذا طلب التأجيل أجل ثلاثة أيام ، لأن الظاهر أنه دخل عليه شبهة فيجب علينا إزالة تلك الشبهة ، أو أنه يحتاج إلى التفكير ليتبين له الحق فلا بد من المهلة ، وإذا استمهل كان على الإمام أن يمهل ، ومدة النظر جعلت في الشرع ثلاثة أيام كما في الخيار ، ثم قال في حديث عمر المذكور الدال على الوجوب : تأويله أنه لعله طلب التأجيل (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أو لم يطلب . وعن الشافعي أن على الإمام أن يؤجله ثلاثة أيام ، ولا يحل قتله قبلها لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهراً فلا بد من مدة يمكنه فيها التأمل فقدرناها بثلاثة أيام) لما ذكرنا . والصحيح من قول الشافعي أنه إن تاب في الحال وإلا قتل لحديث معاذ رضى الله عنه ، وقوله صلى الله عليه وسلم « من بدل دينه فاقتلوه » من غير تقييد بإظهار وهو اختيار ابن المنذر ، وهذا إن أريد به عدم وجوب الإنظار فكذلكها والاستدلال مشترك ، ومن الأدلة أيضا قوله تعالى - اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم - وهذا كافر حربى ، وإن كان أريد به نفي استحباب الإمهال فنقول هذه الأوامر مطلقة وهي لا تقتضى الفور فيجوز التأخير على ما عرف ، ثم ثبت وجوبه بحديث عمر رضى الله عنه . وقول المصنف (وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم) ليس بجيد إذ يقتضى كراهة الإمهال ثلاثة أيام ، وهو يخالف المذهب ويخالف ما ذكرنا من أن الأمر المطلق لا يقتضى الفور إلا إذا خيف الفوات . فإن قيل : لأنسلم أن الأوامر المذكورة مطلقة بل مفيدة للعموم للقاء في قوله « فاقتلوه » لأنها تفيد الوصل والتعقيب . قلنا : تلك الفاء العاطفة وهي فاء السبب . فإن قيل : فتفيد الوصل باعتبار أن المعلول لا يتأخر عن العلة . قلنا : المعلول وهو الحكم الشرعى وهو إيجاب قتله لم يتأخر عن علته المثيرة له وهى كفره ، وأما إيجاب الامتنال على الفور فشىء آخر (ولا فرق) في وجوب قتل المرتد (بين كون المرتد حراً أو عبداً) وإن كان يتضمن قتله لإبطال حق المولى بالإجماع (وإطلاق الدلائل)

أيام ورد فيه ، لأن التقدير بثلاثة أيام هناك إنما كان للتأمل ، والتقدير بها هاهنا أيضا للتأمل . وقوله (ولأنه كافر حربى) بيانه أنه كافر حربى لا محالة وليس بمسئئمن لأنه لم يطلب الأمان ولا ذى لأنه لم تقبل منه الجزية فكان حربياً . وقوله (لإطلاق الدلائل) يعنى قوله تعالى - فاقتلوا المشركين - وقوله عليه الصلاة والسلام

في الخيار لدفع احتمال الغبن وهو مفقود في المرتد مع أن مدة الخيار عندهما غير مقتصرة على ثلاثة أيام (قال المصنف : وهذا لأنه لا يجوز الخ)

وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام لأنه لادين له ، ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه لحصول المقصود .

التي ذكرناها (وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى دين الإسلام لأنه لادين له) قيل هو أن يقول تبت ورجعت إلى دين الإسلام وأنا برىء من كل دين غير دين الإسلام . قيل لكن هذا بعد أن يأتي بالشهادتين : والإقرار بالبعث والنشور مستحب ، وبه قالت الأئمة الثلاثة (ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه لحصول المقصود) وفي شرح الطحاوى : سئل أبو يوسف عن الرجل كيف يسلم ؟ فقال : يقول أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله ، ويقر بما جاء به من عند الله ، ويتبرأ من الدين الذي انتحل ، وإن شهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله وقال : ولم أدخل في هذا الدين قط وأنا برىء منه : أى من الدين الذى ارتد إليه فهى توبة انتهى . وقوله قط يريد به معنى أبدا ، لأن قط ظرف لما مضى لا لما يستقبل . وفي شرح الطحاوى : إسلام النصراني أن يقول : أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله ، ويتبرأ من النصرانية ، واليهودى كذلك يتبرأ من اليهودية ، وكذا في كل ملة . وأما مجرد الشهادتين فلا يكون مسلما لأنهم يقولون بذلك غير أنهم يدعون خصوص الرسالة إلى العرب فيصدق أنه رسول الله ولا يتم الإسلام به ، هذا فيمن بين أظهرنا منهم . وأما من في دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مسلم ، أو قال دخلت في دين الإسلام أو في دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل إسلامه ، فكيف إذا أتى بالشهادتين لأن في ذلك الوقت ضيقا . وقوله هذا إنما أراد به الإسلام الذى يدفع عنه القتل الحاضر فيحمل عليه ويحكم به بمجرد ذلك فلو ارتد بعد ذلك قتلناه ، ولو ارتد بعد إسلامه ثانيا قبلنا توبته أيضا وكذا ثالثا ورابعا ، إلا أن الكرخي قال : فإن عاد بعد الثالثة بقتل إن لم يقب في الحال ولا يؤجل ، فإن تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبس ولا يخرج حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص فحينئذ يحل سبيله ، فإن عاد بعد ذلك فعل به كذلك أبدا مادام يرجع إلى الإسلام قال الكرخي : هذا قول أصحابنا جميعا أن المرتد يستتاب أبدا ، وما ذكر الكرخي مروى في النوادر قال : إذا تكرّر ذلك منه يضرب ضربا مبرحا ثم يحبس إلى أن تظهر توبته ورجوعه انتهى . وكذلك لإطلاق قوله تعالى - فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم - وعن ابن عمر وعلى رضي الله عنهم : لا تقبل توبة من كرّر رده كالزندق ، وهو قول مالك وأحمد والليث لقوله تعالى - إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لن تقبل توبتهم - الآية . قلنا : رتب عدم المغفرة على شرط قوله تعالى - ثم ازدادوا كفرا - وفي الدراية قال : في الزندق لنا

« من يدل دينه فاقتلوه » (وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها) يعنى بعد الإتيان بالشهادتين

أقول : بخلاف ما إذا استعمل فإن الإسلام حينئذ لا يكون موهوما ، فإن الاستعمال للتأمل ودلائل الإسلام ظاهرة ، ولكن بقى هامنا بحث من وجهين : أما أولا فلأن هذا التعليل يقتضى كراهية الإمهال ثلاثة أيام وهو خلاف المنع . وأما ثانيا فلأن الأمر لا يدل على الفور إلا إذا خيف الفوات ، إلا أن يقال الفور يفهم من الفاء في « فاقتلوه » . قال المصنف (وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام) أقول : قال الكاكي : وفي المتن هو أن يقول تبت ورجعت إلى دين الإسلام وأنا برىء من كل دين سوى دين الإسلام ، والإقرار بالبعث والنشور مستحب اه . قال الإتياني : نقل الناطقي في الأجnas عن كتاب الارتداد للحسن : فإن تاب المرتد وعاد إلى الإسلام ثم عاد إلى الكفر حتى فعل ذلك ثلاث مرات ، وفي كل مرة طلب من الإمام التأجيل . أجله الإمام ثلاثة أيام ، فإن عاد إلى الكفر رابعا ثم طلب التأجيل فإنه لا يؤجله ، فإن أسلم ولا قتل . وقال الكرخي في مختصره : فإن رجع أيضا عن الإسلام فأتى به إلى الإمام بعد ثلاثة استتابه أيضا . فإن لم يقب قتله ولا يؤجله فإن هو تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبس ولا يخرج حتى يرى عليه خشوع التوبة ، ويرى من حاله حال إنسان قد أخلص ، فإذا فعل ذلك خلى سبيله ، فإن عاد بعد ما خلى سبيله فعل به مثل ذلك أبدا مادام يرجع إلى الإسلام ، ولا يقتل إلا أن يأتي أن يسلم . وقال أبو الحسن الكرخي رحمه الله وهذا قول أصحابنا جميعا أن المرتد يستتاب أبدا اه . وفي معراج الدراية : وفي الزندق لنا روايتان : في رواية لا يقبل توبته كقول مالك وأحمد . وفي رواية تقبل كقول الشافعي اه .

قال (فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه كره، ولا شيء على القاتل) ومعنى الكراهية هاهنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لأن الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب (وأما المرتدة فلا تقتل) وقال الشافعي تقتل المارونية ، ولأن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث أنه جنائية متغلظة فتناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها .

روايتان : في رواية لا تقبل توبته كقول مالك وأحمد ، وفي رواية تقبل كقول الشافعي ، وهذا في حق أحكام الدنيا ، أما فيما بينه وبين الله جل ذكره إذا صدق قبله سبحانه وتعالى بلا خلاف ، وما عن أبي يوسف : لو فعل ذلك مرارا يقتل غيلة ، فسر به بأن ينتظر فإذا أظهر كلمة الكفر قتل قبل أن يستتاب لأنه ظهر منه الاستخفاف وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز (قوله فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه) أو قطع عضوا منه (كره ذلك ، ولا شيء على القاتل) والقاطع (لأن الكفر مبيح) وكل جنائية على المرتد هدر (ومعنى الكراهية هنا ترك المستحب) فهي كراهة تنزيه ، وعند من يقول بوجوب العرض كراهة تحريم . وفي شرح الطحاوي : إذا فعل ذلك : أى القتل أو القطع بغير إذن الإمام أدب (قوله وأما المرتدة فلا تقتل ولكن تجبس أبدا حتى تسلم أو تموت) ولو قتلها قاتل لا شيء عليه لأحد، حرة كانت أو أمة ذكره في المبسوط ، ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية (ويروى) عن أبي حنيفة أنها (تضرب في كل أيام) وقدرها بعضهم بثلاثة ، وعن الحسن تضرب كل يوم تسعة وثلاثين سوطا إلى أن تموت أو تسلم ولم يخصه بحرة ولا أمة ، وهذا قتل معنى لأن موالة الضرب تفضي إليه ، ولذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدود : إنه لا يقيم عليه الحد الثاني ما لم يبرأ من الحد السابق كى لا يصير قتلا وهو غير المستحق ، ثم الأمة تدفع إلى مولاها فيجعل حبسها بيت السيد سواء طلب هو ذلك أم لا في الصحيح ، ويتولى هو جبرها . قال المصنف (جمعا بين الحقين) يعنى حق الله تعالى وحق السيد في الاستخدام فإنه لا منافاة ، بخلاف العبد المرتد لافائدة في دفعه إليه لأنه يقتل ولا يبقى ليتمكن استخدامه ، ولا تسترق الحرة المرتدة مادامت في دار الإسلام . فإن لحقت بدار الحرب فحينئذ تسترق إذا سبيت . وعن أبي حنيفة في النواحر : تسترق في دار الإسلام أيضا . قيل ولو أفق يهذه لا بأس به فيمن كانت ذات زوج حسبا لقصدها السوء بالردة من إثبات الفرقة ، وينبغى أن يشتريها الزوج من الإمام أو يهبها الإمام له إذا كان مصرفا لأنها صارت بالردة فينا للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة ، وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الإسلام فيرتد ضرر قصدها عليها . قيل : وفي البلاد التي استولى عليها التتر وأجروا أحكامهم فيها وأبقوا المسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها إذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لأنها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة إلى أن يشتريها من الإمام . وقد أفق الدبوسى والصفار وبعض أهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليها ، وغيرهم مشوا على الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج ؛ وتضرب خمسة وسبعين سوطا ، واختاره قاضيه خان الفتوى ، وعند الأئمة الثلاثة تقتل المرتدة ، واقتصر المصنف على خلاف الشافعي . قال (لما روي) من قوله صلى الله عليه وسلم « من بدّل دينه فاقتلوه » وهو حديث في صحيح البخارى وغيره . قال (ولأن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث أنها جنائية متغلظة) هي جنائية الكفر (وجنائية المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها)

(وأما المرتدة فلا تقتل) فإن قتلها رجل لم يضمن شيئا حرة كانت أو أمة . قال في النهاية : كذا في المبسوط . وقوله (لما روي) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « من بدّل دينه فاقتلوه » وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى - فمن شهد منكم الشهر فليصمه -

ولنا أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء ، ولأن الأصل تأخير الأجزئة إلى دار الآخرة إذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء ، وإنما عدل عنه (دفعاً لشرّ ناجز وهو الحراب ، ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية ، بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالأصلية قال (ولكن تحبس حتى تسلم) لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار فتجبر على إيفائه بالحبس كما في حقوق العباد (وفي الجامع الصغير : وتجبر المرأة على الإسلام حرة كانت أو أمة .

وهو القتل (ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء) كما مر في الحديث الصحيح . وهذا مطلق يعم الكافرة أصلياً وعارضاً ، وثبت تعليله صلى الله عليه وسلم بالعلة المنصوصة كما قدمناه في الحديث من عدم حرايتها فكان مخصصاً لعموم ما رواه بعد أن عمومه مخصص بمن يدل دينه من الكفر إلى الإسلام ، وما ذكر المصنف من المعنى بعد هذا زيادة بيان ، وهو أن الأصل في الأجزئة بأن تتأخر إلى دار الجزاء وهي الدار الآخرة فإنها الموضوع للأجزئة على الأعمال الموضوعة هذه الدار لها ، فهذه دار أعمال وتلك دار جزائها ، وكل جزاء شرع في هذه الدار ما هو إلا لمصالح تعود إلينا في هذه الدار كالقصاص وحد القذف والشرب والزنا والسرقه شرعت لحفظ النفوس والأعراض والعقول والأنساب والأموال ، فكذا يجب في القتل بالردة أن يكون لدفع شرّ حرايتها لجزاء على فعل الكفر ، لأن جزاءه أعظم من ذلك عند الله تعالى ، فيختص بمن يتأتى منه الحراب وهو الرجل ، ولهذا نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء ، وعلمه بأنها لم تكن تقاتل على ما صح من الحديث فيما تقدم ، ولهذا قلنا : لو كانت المرتدة ذات رأى وتبع تقتل لردتها بل لأنها حينئذ تسعى في الأرض بالفساد ، وإنما حبست (لأنها امتنعت عن أداء حق الله تعالى بعد أن أقرت به فتحبس كما في حقوق العباد) وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة عن عاصم بن أبي النجود عن أبي رزين عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : لا تقتل

(ولأن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث أنها جناية متغلظة) وكل ما هو جناية متغلظة (يناط بها عقوبة متغلظة، وردة المرأة تشارك ردة الرجل في هذه العلة فيجب أن تشاركها في موجبها) لأن الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في المعلول وصار كالزنا وشرب الخمر والسرقه ، وفيه نظر لأنه لإثبات ما يدرك بالشبهات بالرأى (ولنا أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء) ولأن القتل جزاء الكفر (والأصل في الأجزئة تأخيرها إلى دار الجزاء وهي الآخرة لأن تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء) الذي هو من الله تعالى إظهار علمه لأن الناس يمتنعون خوفاً من لحوقه فصاروا في المعنى كالمتجبرين وفيه إخلال بالابتلاء (ولما عدل عنه) أي عن هذا الأصل إلى تعجيل بعضها (دفعاً لشرّ ناجز وهو الحراب ، ولا يتوجه ذلك من النساء) لأن بنتين غير صالحات لذلك (بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالأصلية) والكافرة الأصلية لا تقتل فكذا المرتدة . وما قيل إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل إنه عليه الصلاة والسلام لم يقتلها ، بمجرد الردة بل لأنها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لها ثلاثون ابناً وهي تحرضهم على قتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بقتلها . والجواب عما روى أنه ليس بمجرى على ظاهره لأن التبديل يتحقق من الكافر إذا أسلم ، فعرّفنا أنه عام لحقه خصوص فيخصص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى . وقوله (ولكن تحبس) ظاهره . وأعاد رواية الجامع الصغير لاشتمالها على ذكر الجبر والحرة والأمة .

(قال المصنف : ولنا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء الخ) أقول : لكنه مخصوص ، فإنها إذا قتلت نفسها بمحبة عمدا تقتص فجاز تخصيصه بالقياس الذي ذكره الشافعي (قوله لأن تعجيلها يخل ، إلى قوله : لأن الناس الخ) أقول : لتلليل لقوله يخل بمعنى الابتلاء الخ (قوله خوفاً من لحوقه) أقول أي لحوق الجزاء في الدنيا (قال المصنف : وإنما عدل عنه الخ) أقول : قال ابن همام : لا جزاء على فعل الكفر ، فإن جزاءه أعظم عند الله تعالى من ذلك اه فيه كلام لأنه يباه ظاهر قوله وإنما عدل عنه .

والأمة يجبرها مولاها) أما الجبر فلما ذكرنا ، ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ، ويروى تشرب في كل أيام مبالغة في الحمل على الإسلام . قال (ويزول ملك المرتد عن أمواله برده زوالا مراعى ،

النساء إذا هن ارتدن عن الإسلام ، ولكن يحسن ويدعين إلى الإسلام ويجبرن عليه . وفي بلاغات محمد قال : بلغنا عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : إذا ارتدت المرأة عن الإسلام حبست . وأما ما روى الدارقطني عن جابر « أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الإسلام فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يعرض عليها الإسلام فإن رجعت وإلا قتل » فضعف بمعمر بن بكار . وأخرجه أيضا من طريق آخر عن جابر ولم يسم المرأة ، وزاد : « فعرض عليها الإسلام فأبت أن تسلم فقتلت » وهو ضعيف بعبد الله بن أذينة . قال ابن حبان : لا يجوز الاحتجاج به بحال . وقال الدارقطني في المؤلف والخلف : إنه متروك ، ورواه ابن عدى في الكامل وقال : عبد الله بن عطار بن أذينة منكر الحديث . وروى حديث آخر عن عائشة « ارتدت امرأة يوم أحد فأمر عليه الصلاة والسلام أن تستتاب فإن تاب وإلا قتل » وفي سنده محمد بن عبد الملك قالوا فيه إنه يضع الحديث مع أنها معارضة بأحاديث أخر مثلها ، وأمثل منها ما أخرجه الدارقطني عن أبي رزين عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تنتل المرأة إذا ارتدت » وفيه عبد الله بن عيسى الجزري ، قال الدارقطني : كذاب يضع الحديث . وأخرج ابن عدى في الكامل عن أبي ريرة رضى الله عنه « أن امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتدت فلم يقتلها » وضعفه بحفص بن سليمان . قال ابن عدى : عامة ما يرويه غير محفوظ . وأخرج الطبراني في معجمه : حدثنا الحسن بن إسحاق التستري ، حدثنا هز بن معلى ، حدثنا محمد بن سلمة عن الفزاري عن مكحول عن أبي طلحة اليعمرى عن أبي ثعلبة الحشني عن معاذ بن جبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه إلى اليمن « أيما رجل ارتد عن الإسلام فادعه ، فإن تاب فاقبل منه ، وإن لم يتب فاضرب عنقه . وأيما امرأة ارتدت عن الإسلام فادعها ، فإن تابت فاقبل منها ، وإن أبت فاستنبتها » وتقدم رواية أبي حنيفة عن عاصم عن أبي رزين عن ابن عباس رضى الله عنهما ، فأسند الدارقطني عن ابن معين أنه قال : كان الثوري يعيب على أبي حنيفة حديثا كان يرويه عن عاصم عن أبي رزين لم يروه أحد غير أبي حنيفة عن عاصم عن أبي رزين مدفوع بأنه أخرجه الدارقطني عن أبي مالك النخعي عن عاصم به فرال إنفراد أبي حنيفة الذي ادعاه الثوري . وروى عبد الرزاق عن عمر « أنه أمر في أم ولد تنصرت أت تباع في أرض ذات مؤنة عليها ولا تباع في أهل دينها فبيعت في دومة الجندل من غير أهل دينها » وأخرج الدارقطني عن علي رضى الله عنه : « المرتدة تمتاب ولا تقتل » وضعف بخلاس (قوله ويزول ملك المرتد عن أملاكه زوالا مراعى) أى موقوفا غير بات في الحال

وقوله (والأمة يجبرها مولاها) قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا ارتدت الأمة واحتاج المولى إلى خدمتها دفعت إليه وأمره القاضي أن يجبرها على الإسلام . قال المصنف (أما الجبر فلما ذكرنا) يعنى أنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار (ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين) أى الجبر والاستخدام ، ولم يشترط في الكتاب حاجة المولى إلى خدمتها وهي رواية الجاه الضعيف ، وشرطها في رواية . قال فخر الإسلام رحمه الله : والصحيح أنها تدفع إلى المولى احتاج إليها أو استغنى . وقال : وكذلك لا يشترط طلب المولى . فإن قيل : للمولى حق الاستخدام في العبد والأمة جميعا فكيف دفعت إليه الأمة دون العبد ؟ أجيب بأن العبد إذا أبق قتل فلا فائدة في الدفع إلى المولى قال (ويزول ملك المرتد عن أمواله برده زوالا مراعى) أى موقوفا إلى أن يتبين حاله ،

فإن أسلم عادت على حالها ، قالوا : هذا عند أبي حنيفة ، وعندهما لا يزول ملكه) لأنه مكلف محتاج ، فلا أن يقتل يبق ملكه كالحكوم عليه بالرجم والقصاص . وله أنه جرتي مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ، ولا قتل إلا بالحرب ، وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته ، غير أنه مدعو إلى الإسلام بالإجبار عليه ويرجى عوده إليه فتوقفنا في أمره ، فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب ، وإن مات أو قتل على رده أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاظه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه .

(فإن أسلم عادت أمواله على حالها) الأول (وإن مات أو قتل على رده أو لحق بدار الحرب وحكم) الحاكم (بلحاظه استقر أمره فعمل السبب) وهو كونه كافرا حربيا (عمله) مستندا إلى وقت الردة كالمشرك بشرط الخيار يثبت ملكه عند الإجازة مستندا إلى وقت البيع ، وجعله كخيار المجلس عند الشافعي يقتضي أنه ملك بات ثم يرتفع بالخيار شرعا كالرجوع في الهبة ، وبه صرح بعض الشارحين حين ورد عليه أن لا يعتى للزوال المرامي والموقوف ، لأنه إما أن يزول أولا فأجاب بأنه يزول ثم يعود بالإسلام وهذا ليس واقعا ، وإلا لم يستند إلى ما قبله كالمالك الراجع بالرجوع (قالوا) أي المشايخ (هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه) والأصح من قول الشافعي مثل قوله ، وبه قال مالك وأحمد في رواية وقولهما قول آخر للشافعي . وجهه (أنه مكلف محتاج) ولا يتمكن من إقامة التكليف إلا بماله ، وأثر الردة في إباحة دمه لا في زوال ملكه ، فإن لم يقتل يبق ملكه وصار (كالحكوم عليه بالرجم والقصاص) لا يزول ملكه مالم يقتل (ولأبي حنيفة أنه كافر حربى مقهور تحت أيدينا إلى أن يقتل) والمالك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف في المال ولا يكون ذلك إلا بالعصمة ، وكونه حربيا (يوجب زوال ملكه ومالكيته) ومقتضى هذا أن يزول في الحال على البتات (إلا أنه مدعو إلى الإسلام ويرجى عوده إليه) لأنه كان ممن دخله وعرف محاسنه وأنس به ، نسأل الله حفظه علينا إلى الجنة بمنه وكرمه ، فالغالب على الظن عوده إلى الإسلام (فتوقفنا في أمره ، فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم) وهو زوال الملك (وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب) عمله ، وإن ثبت منه أحد ما قلنا عمل عمله من وقت وجوده ، ولا

(فإن أسلم عادت على حالها ، قالوا) أي المشايخ (هذا عند أبي حنيفة ، وعندهما لا يزول لأنه مكلف محتاج) وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه لأنه لا يتمكن من إقامة موجب التكليف إلا بالملك ، فبقى ملكه (إلى أن يقتل كالحكوم عليه بالرجم والقصاص) والجامع أن كلا منهم مكلف مباح الدم (وله أنه حربى مقهور تحت أيدينا) بدليل أنه يقتل (ولا قتل إلا بالحرب) فدان القتل هاهنا مستلزما للحرب لأن نفس الكافر ليس بمباح له ولهذا لا يقتل الأعمى والمقعذ والشيخ الفاني ، وقد تحقق المزوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا بد من لازمه وهو كونه حربيا (وهذا) أي كونه حربيا مقهورا تحت أيدينا (يوجب زوال ملكه ومالكيته) لأن المقهورية أمانة المملوكية ، فإذا كان مقهورا ارتفعت مالكته ، وارتفعها يستلزم ارتفاع الملك لأن ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال (غير أنه مدعو إلى الإسلام بالإجبار عليه وعوده مرجو) وذلك يوجب بقاء المالكية لأنه حتى مكلف محتاج إلى ما يتمكن به من أداء ما كلف به ، فبالنظر إلى الأول يزول ملكه ، وبالنظر إلى الثاني لا يزول (فتوقفنا في أمره) وقبلنا بزوال موقوف (فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب ، وإن مات أو قتل على رده أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاظه استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه) لا يقال : إذا كان كذلك كان الواجب أن لا يخرج المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل

(قوله وعندهما لا يزول لأنه الخ) أقول : متقوض بملك الموقوف كما يشير إليه دليل أبي حنيفة (قوله والجامع أن كلا منهم الخ) أقول : فيه بحث (قال المصنف : وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته) أقول : قوله ومالكيته كأنه عطف تفسيري (قوله يستلزم ارتفاع الملك الخ) أقول : لعل المراد ارتفاع إضافة الملك إليه ، وإلا فظاهر أن الملك نفسه غير مرتفع .

قال (وإن مات أو قتل على رده انتقل ما اكتسبه في إسلامه إلى ورثته المسلمين ، وكان ما اكتسبه في حال رده فينا) وهذا عند أبي حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد : كلاهما لورثته) وقال الشافعي : كلاهما في لأنه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ، ثم هو مال حربى لا أمان له فيكون فينا . ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته إلى ورثته ويستند إلى ما قبيل رده إذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم .

ينبغي أن الحراية لا توجب انتفاء الملك بل زوال العصمة ، فإن الحربى يملك غير أن مملوكه لا عصمة له ، فإذا استولى عليه زال ملكه ، فكون المرتد حربيا قصارى ما يقتضى زوال عصمة ماله ونفسه تبعا ، وهو لا ينفى قيام الملك في الحال فلا يوجب الحكم بالزوال مستندا ، ولهذا زاد قوله مقهورا تحت أيدينا فيكون ماله مستولى عليه . واعلم أن حقيقة المراد أن بالردة يزول ملكه زوالا باتا ، فإن استمر حتى مات حقيقة أو حكما باللاحق استمر بالزوال الثابت من وقت الردة ، وإن عاد عاد الملك وهما حربيا من الحكم بالزوال لأن الساقط لا يعود ، فيقول أبو حنيفة إن الردة لما انتقضت الزوال والإجماع على أنه إن عاد وماله قائم كان أحق به وجب أن يعمل بهما فيقول بالردة يزول ، ثم بالعود يعود شرعا ، هذا بعد اتفاقهما على عدم زوال ملكه . قال الشيخ أبو نصر البغدادي : إن أبا يوسف جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فتصير تبرعته من جميع المال ، وجعله محمد بمنزلة المريض فتعتبر من الثلث . وجه قول محمد أنه في معرض التلف فهو أسوأ من المريض حالا ، وأبو يوسف يمنعه ويقول : المرتد متمكن من دفع الهلاك بالإسلام والمريض غير قادر عليه (قوله وإن مات أو قتل على رده أو أوحكم بلحاظه انتقل ما اكتسبه في إسلامه إلى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال رده فينا) لجماعة المسلمين يوضع في بيت المال (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : كلا الكسبين لورثته . وقال الشافعي) ومالك وأحمد (كلاهما فيء لأنه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر) لإجماعا (فبقى مال حربى لا أمان له) لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب (فيكون فينا . ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه) من أنه مكلف محتاج إلى آخره (فينتقل بموته إلى ورثته ويستند إلى ما قبيل رده إذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم) وهذا لا ينتهض على الشافعي إلا إذا بينا لمية الاستناد ، وهو أن يقال : إن أخذ المسلمين له إذا لم يكن له وارث بطريق الوراثة وهو يوجب الحكم باستناده شرعا إلى ما قبيل رده وإلا كان توريث الكافر من المسلم ، ومحمل الحديث الكافر الأصلي الذي لم يسبق له إسلام . أو نقول : استحقات المسلمين له بسبب الإسلام والورثة ساووا المسلمين في ذلك وترجعوا بجهة القرابة فكانوا كقرابة ذات جهتين بالنسبة إلى قرابة ذات جهة كالأخ الشقيق مع الأخ لأب قال تعالى - أو من

في غير هذا الموضع . لأننا نقول : ذلك مقتضاه إذا تساوى الجهتان وأفضى إلى الشك ، وما هنا ليس كذلك ، فإن جهة الخروج ظن وجهة علمه دونه فيلزم التوقف ، وإنما قيد بقوله في حق هذا الحكم احترازا عن إحباط طاعاته ووقوع الفرقة بينه وبين امرأته وتجديد الإيمان ، فإن الارتداد بالنسبة إليها قد عمل عمله . وقوله (وإن مات أو قتل على رده) أعاده لأنه لفظ القدورى رحمه الله ، والأول كان لفظه ذكره شرحا للكلام . وقوله (ثم هو مال حربى فيكون فينا) يعنى يوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار أنه مال ضائع . وقوله (على ما بيناه) إشارة إلى قوله لأنه مكلف محتاج إلخ . وقوله (ويستند) يعنى التوريث (إلى ما قبيل رده) فيجعل كأنه اكتسبه في حال الإسلام فورثه ورثته منه من وقت الإسلام

(قوله وقوله ويستند : يعنى التوريث) أقول : فيه بحث ، فإن المرتد قبل رده حتى حقيقة وحكما فكيف يستند إليه التوريث فإنه يستلزم تقدم الحكم على السبب فليتأمل في جوابه ، فالشرع جعل السبب هو الجزء المتقدم على الردة من الزمان لتلا يلزم توريث المسلم من الكافر .

ولأن حنيفة أنه يمكن الاستناد في كسب الإسلام لوجوده قبل الردة ، ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعلمه قبلها ومن شرطه وجوده ، ثم إنما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا إلى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة اعتبارا للاستناد . وعنه أنه يرثه من كان وارثا له عند الردة ، ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لأن الردة بمنزلة الموت . وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت

كان ميتا فأحييناه - (ولأن حنيفة) ماقالاه في وجه التوريث إلا (أنه إنما يمكن في كسب الإسلام لوجوده قبل الردة) وهي الموت فيستند الإرث إلى ما قبله ، وقد قلت إن بمجرد رده زال ملكه ، فما اكتسبه بعد الردة لا يقع مملوكا له ليتمكن استناد التوريث فيه إلى ما قبل موته الحكيم : أعني الردة لأنه إنما يورث ما هو مملوك للميت عند الموت فيظهر أن الاختلاف بينه وبينهما في توريث كسب الردة مبني على الحكم الخلاف في المتقدم وهو أن المرتد تزول أملاكه بالردة المستمرة على ما حققناه عنده ، وعندهما لا يزول حتى يتحقق الموت الحقيقي أو الحكيم بالحق ، وإذا كان كذلك فما اكتسبه في زمن الردة يكون مملوكا له ، ثم إذا تحقق الموت وقتنا بوجوب إرثهم إياه والقرض أن له مالا مملوكا فلا بد من إرثهم له ولإرثهم يستدعي استناده إلى ما قبل رده فيلزم بالضرورة اعتبار ما اكتسبه في زمن الردة ووجودا قبلها حكما لوجود سببه وهو نفس المرتد وإن كان معدوما حسا وقتئذ ، والله أعلم (قوله ثم إنما يرثه من كان وارثا له حالة الردة) بأن كان حرا مسلما (وبقي كذلك إلى وقت موته) أو لحاقه (في رواية عن أبي حنيفة) روادا عنه الحسن بن زياد ، وهذا لاعتبار الاستناد في الإرث ، فإن المستند لا بد أن يثبت أولا ثم يستند فيجب أن يصادف عند ثبوته من هو بصفة استحقاق الإرث وهو المسلم الحر وكذا عند استناده ، حتى لو أسلم بعض قرابته أو ولد من علوق حادث بعد الردة لا يرثه على هذه الرواية (وعنه أنه يرثه من كان وارثا عند الردة) فقط من غير اشتراط بقاءه بالصفة إلى الموت ، وهذه رواية عن أبي يوسف عنه (فلا يبطل استحقاقه) أي استحقاق من كان وارثا عند الردة بعروض موت ذلك الوارث أو رده بعد ردة أبيه (بل) إذا مات أو ارتد (يخلفه وارثه) وهو وارث الوارث ، وعلى هذه الرواية عول الكرخي لأن الردة بمنزلة الموت فيعتبر وقتها لاستحقاق الميراث (وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت) واللاحق وهي رواية محمد عنه . قال في المبسوط : وهذا أصح

(ولأن حنيفة رحمه الله أنه يمكن الاستناد) أي استناد التوريث (في كسب الإسلام لوجوده) أي لوجود الكسب (قبل الردة ، ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدم قبلها) أي لعدم الكسب قبل الردة (ومن شرطه وجوده) قبلها أي ومن شرط استناد التوريث وجود الكسب قبل الردة ليكون فيه توريث المسلم من المسلم . لأننا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه في حال الردة لزم توريث المسلم من الكافر وذلك لا يجوز (ثم إنما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا إلى وقت موته) حتى لو حدث له وارث بعد الردة بأن أسلم بعض قرابته أو ولد له من علوق حادث بعد رده لا يرثه (في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) وهي رواية الحسن عنه (اعتبارا للاستناد) يعني أن الردة يثبت بها الإرث بعد وجود الأشياء الثلاثة الموت والقتل والحكم بلحاظه بدار الحرب ، وإن لم يثبت قبل وجودها ، فإذا وجدت صار كأن الوارث ورثه حين الردة فلاجل هذا شرط أن يكون وارثا إلى وجود أحدهما (وعنه) أي عن أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف (أنه يرثه من كان وارثا له عند الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته) أي بموت الوارث (بل يخلفه وارثه لأن الردة بمنزلة الموت) في التوريث ، ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه فهذا كذلك (وعنه) أي عن أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن محمد ، قيل وهو الأصح (أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت) يعني أحد الأمور الثلاثة سواء كان موجودا

لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض ، وترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل على رده وهي في العدة لأنه يصير فاراً وإن كان صحيحاً وقت الردة ،

(لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده) ألا ترى أن الولد الذي يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد في أنه يصير معقوداً عليه ويكون له حصة من الثمن إلا أنها غير مضمونة ، حتى لو هلك في يد البائع قبل القبض بغير فعل أحد هلك بغير شيء وبقي الثمن كله على البائع ، فلو كان من بحيث يرثه كافراً أو عبداً يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل أن يموت أو يلحق أو أسلم ورثه ، وهو قول أبي يوسف ومحمد ، إلا أن الكرخي حكى بينهما خلافاً في اللحاق . فعند أبي يوسف يعتبر حال الوارث يوم الحكم باللاحق ، وعند محمد يوم اللحاق لا الحكم . وجه أبي يوسف أن العارض يعني الردة متصور زواله فتوقف ثبوت حكمه على القضاء . ووجه محمد أن اللحاق تزول به العصمة والأمان والذمة في حق المستأمن والذي فكان هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاء فتؤدي الكتابة فإنه يعتبر حال وارثه يوم مات لآجال أداء الكتابة . وجوابه من قبل أبي يوسف أن اللحاق ليس حقيقة الموت المأبوس عن ارتفاعه ليثبت الحكم به بلا قضاء ، بل في حكمه لاقطاع ولايتنا عنه وأحكامنا ، فلا يثبت به أحكام الموت قبل أن يتأكد وذلك بالحكم به (قوله وترثه امرأته) أي المرأة المسلمة (إذا مات أو قتل) أولحق بذار الحرب (وهي في العدة لأنه يصير فاراً وإن كان صحيحاً وقت الردة) وهذا لأن الردة لما كانت سبب الموت ونى باختياره أشبهت الطلاق البائن في مرض الموت وهو يوجب الإرث إذا مات وهي في العدة لأنه فار ، واو كان وقت الردة مريضاً فلا إشكال في إرثها . وقد يقال كون الردة تشبه الطلاق قصارها أن يجعل بالردة كأنه طلقها . والفرص أنه صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفرار ، فالتحقيق أن يقال بالردة كأنه مرض الموت باختياره بسبب المرض ثم هو بإصراره على الكفر مختاراً في الإصرار الذي هو سبب القتل حتى قتل بمنزلة المطلق في مرض الموت ثم يموت قتلاً أو حتف أنفه أو بلحاقه فيثبت حكم الفرار . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنها ترثه وإن كانت منقضية العدة لأنها كانت وارثة عند رده ، وبه قال أبو يوسف ، وهو تفريع على رواية الاكتفاء بالتحقق بصفة الوارث حال الردة فقط ، وهي رواية أبي يوسف ، وما في الكتاب على رواية الحسن من اعتباره وبقائه بالصفة إلى الموت ، أو على رواية اعتباره

وقت الردة أو حدث بعده (لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده كما في الولد الحادث من المبيع قبل القبض) في أنه يصير معقوداً عليه بالقبض فيكون له حصة من الثمن . قال في النهاية : وحاصله أن على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثاً وقت الردة وكونه باقياً إلى وقت الموت أو القتل ؛ حتى لو كان وارثاً ثم مات قبل موت المرتد أو حدث وارث بعد الردة فلينهما لا يرثان . وعلى رواية أبي يوسف رحمه الله يشترط الوصف الأول دون الثاني . وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثاني دون الأول (وترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل وهي في العدة لأنه يصير فاراً وإن كان صحيحاً) لأنها سبب للهلاك كالمرض فأشبهه رده التي حصلت بها البينونة للطلاق في حالة المرض ، والطلاق البائن حالة المرض يوجب الإرث إذا كانت في العدة . فإن قيل : أبو حنيفة يستند التورث إلى ما قبل الردة وذلك يستلزم أن لا يتفاوت الحكم بين المدخول بها وغير المدخول بها لأن الردة موت وامرأة الميت ترثه سواء كانت مدخولاً بها أو لم تكن . أجيب بأن الموت الحقيقي سبب للإرث حقيقة فيستوى فيه المدخول بها وغيرها ، وأما الردة فلإنها جعلت موتاً حكماً ليكون تورث المسلم من المسلم فهي ضعيفة في السببية فلا بد من تقويتها بما هو من آثار الزكاح من الدخول وقيام العدة .

والمرتدة كسبها لورثتها لأنه لأحزاب منها فلم يوجد سبب النىء ، بخلاف المرتد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى . ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت وهى مريضة لقصدتها لإبطال حقه ، وإن كانت صحيحة لا يرثها لأنها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة ، بخلاف المرتد . قال (وإن لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحقه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت

وقت موته فقط . هذا واشترط قيام العدة يقتضى أنها موطوعة فلا ترث غير المدخولة وهو كذلك ، وذلك أن بمجرد الردة تبين غير المدخولة لا إلى عدة فتصير أجنبية ، ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى أن المدخولة إنما تعتد فيها بالحيض لا الأشهر لم ينتهض سببا للإرث إذا لم يكن عند موت الزوج أو لحاقه أثر من آثار النكاح ، لأن الإرث وإن استند إلى الردة لكن يتقرر عند الموت ، وبهذا أيضا لا ترث المنقضية عدتها (قوله والمرتدة كسبها لورثتها لأنه لأحزاب منها) إذ المرأة لأحزاب منها سواء كانت كافرة أصلية أو صارت كافرة (فلم يوجد سبب النىء) وهو سقوط عصمة نفسها المستتعبة لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسب إسلامها ورددتها على ملكها فيرثها (بخلاف المرتد عند أبى حنيفة رحمه الله) فإن كسبه في الردة فيء لكونه محاربا في الحال أو في المآل بالحق فلا يملكه لكونه مال حربى . فقهور تحت أيدينا فلا يرث (قوله ويرثها زوجها المسلم إذا كانت ارتدت وهى مريضة) فمات من ذلك المرض أو لحقت بدار الحرب مع ذلك المرض لأنها قصدت الفرار من ميراث الزوج بعد ما يتعلق حقه بمالها بسبب مرضها ، بخلاف ما لو ارتدت وهى صحيحة فإنها بردها هذه لم تبطل له حقا متعلقا بمالها ، وهذا التقرير فيه جعل ردها كطلاقه فردتها في مرضها كطلاقه في مرضه ، ورددتها في صحتها كطلاقه في صحته ، وبه لا يكون فارا إذا عرض له موت وهى في العدة : بخلاف ما قررناه في جانب الرجل فإن برده في صحته ترث إذا عرض له موت ، فلو جعلت رده كطلاقه بائنا كان مطلقا في صحته ، وغرض الموت المطلق في صحته لا يوجب له حكم الفرار ، فلذا جعلنا رده كباشرته لسبب مرض موته ثم بإصراره جعل مطلقا في مرضه فإذا مات ثبت حكم الفرار (قوله وإن لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحقه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت ديونه المؤجلة

وقوله (بخلاف المرتد عند أبى حنيفة رضى الله عنه) فإن ما اكتسبه في حال رده فهو فيء عنده ، وفرق بينهما بقوله لأنه لأحزاب منها ، ومعناه فلا قتل إذ ذاك لما تقدم من الملازمة ، وحاصل الفرق أن المرأة لا تقتل والرجل يقتل . ومعناه أن عصمة المال تبع لعصمة النفس ، وبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذلك عصمة مالها بخلاف الرجل ، فلما كانت عصمة مالها باقية بعد ردها كان كل واحد من الكسبيين ملكها فيكون ميراثا لورثتها (ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت وهى مريضة) والقياس أن لا يرثها لأن فرار الزوج إنما كان يتحقق إذا مات وهى في العدة ؛ ألا ترى أنه لو طلقها قبل الدخول بها في مرضه لم يكن لها الميراث لأنها ليست في عدته ثم هاهنا لا عدة على الرجل فينبغى أن لا يرثها الزوج . ووجه الاستحسان ما أشار إليه بقوله (لقصدتها لإبطال حقه) وبيانه أن حقه تعلق بمالها بمرضها فكانت بالردة قاصدة لإبطال حقه فارة عن ميراثه فيرد عليها قصدتها كما في جانب الزوج ، بخلاف ما إذا كانت صحيحة حين ارتدت لأنها بانت بنفس الردة فلم تصرف مشرفة على الهلاك لأنها لا تقتل ، بخلاف الرجل فلا يكون في حكم الفارة المريضة فلا يرث زوجها منها (قوله وإن لحق بدار الحرب مرتدا) إن لحق المرتد بدار الحرب وحكم القاضى بلحقه (عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت

(قال المصنف : ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت) أقول : وفيه أنه يلزم توريث المسلم من الكافرة . وأجيب بأن ردها في حكم العم وإسلامها باق حكما لأنها بعد الردة تجبر على الإسلام وتحبس ، وباعتبار الجبر والحبس كأنها مسلمة ، إلى هذا أشار في المبسوط .

الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الإسلام إلى ورثته من المسلمين . وقال الشافعي : يبقى ماله موقوفاً كما كان لأنه نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الإسلام . ولنا أنه بالحق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام كما هي منقطعة عن الموتي فصار كالموت ، إلا أنه لا يستقر لحاقه بالإبقاء القاضي لاحتمال العود إلينا فلا بد من القضاء ، وإذا تقرر موته ثبتت الأحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ، ثم يعتبر كونه وارثاً عند لحاقه في قول محمد لأن اللحق هو السبب والقضاء

(ونقل ما اكتسبه في دار الإسلام إلى ورثته المسلمين) باتفاق علمائنا الثلاثة ، وكذا ما اكتسبه في أيام رده على قولهما كما مر ولا يفعل شيء من ذلك ما كان مقيماً في دار الإسلام ، وأما ما أوصى به في حال إسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره أنها تبطل مطلقاً من غير فرق بين ما هو قرينة وغير قرينة ومن غير ذكر خلاف . وذكر الولوالجي إن الإطلاق قوله وقولهما أن الوصية بغير القرينة لا تبطل لأن لبقاء الوصية حكم الابتداء ، وابتداء الوصية بغير القرينة بعد الردة عندهما تصح ، وعند أبي حنيفة تتوقف فكذلك هنا . قبل وأراد بالوصية بغير القرينة الوصية للناتجة والمغنية . وقال الطحاوي : لا تبطل فيما لا يصح الرجوع عنه ، وحمل إطلاق محمد لبطلان الوصية على وصية يصح الرجوع عنها . ووجه البطلان مطلقاً أن تنفيذ الوصية لحق الميت ، ولا حق له بعد ما قتل على الردة أو لحق بدار الحرب فكان رده كرجوعه عن الوصية فلا يبطل مالا يصح الرجوع عنه كالتدبير لأن حق العتق ثبت للمدبر ، وبهذا عرف معنى تقييد الطحاوي الذي ذكرناه آنفاً (وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يبقى ماله موقوفاً) ويحفظه الحاكم إلى أن يظهر موته ثمة أو يعود مسلماً فيأخذه (لأنه) أي اللحق (نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الإسلام وهذا لأن الدار عندهم واحدة) ولنا أنه بالحق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام أحكامهم عنهم كما هي منقطعة عن الموتي بخلاف الغيبة في بلدة أخرى من دار الإسلام ، فإن أحكام الإسلام وولاية إلزامنا ثابتة فيها فلا يلحق بذلك ، وإذا صار اللحق كالموت لأنه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقضى به سابقاً على القضاء بشيء من هذه الأحكام المذكورة في الصحيح ، لا أن القضاء بشيء منها يكفي بل يسبق القضاء باللحق ثم تثبت الأحكام المذكورة ، ولكونها كالموت قلنا : إذا لحقت الحربية فلزوجها أن يتزوج بأختها قبل انقضاء عدتها ، ولأنه لا عدة على الحربية من المسلم لأن في العدة حق الزوج وتباين الدارين مناف له ، ولو سببت أو عادت مسلمة لم يضر نكاح أختها لأن العدة بعد أن سقطت لا تعود (ثم المعتبر في كون الوارث وارثاً عند اللحق في قول محمد لأنه السبب والقضاء إنما

الديون التي عليه ، ونقل ما اكتسبه في حالة الإسلام إلى ورثته المسلمين) عندنا (وقال الشافعي رضي الله عنه : يبقى ماله موقوفاً) وهو أحد أقواله (لأنه نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الإسلام) والجامع كونه غيبة كما ترى وهو ضعيف جداً (ولنا أنه بالحق صار من أهل الحرب حقيقة وحكما) أما حقيقة فلأنه بين أظهرهم واعتقاده كاعتقادهم ، وأما حكماً فلأنه لما أبطل إحرازه نفسه بدار الإسلام حين عاد إلى دار الحرب صار حرباً على المسلمين فأعطى حكم أهل الحرب في دار الحرب وهم كالميت في حق المسلمين ، قال تعالى - أو من كان ميتاً فأحييناه - ولأن ولاية الإلزام منقطعة عنهم (كما هي منقطعة عن الموتي إلا أن لحاقه لا يستقر إلا بقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا فلا بد من القضاء ، فإذا تقرر موته الحكمي تثبت الأحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها) يعني قوله عتق مدبروه الخ (كما في الموت الحقيقي) (قوله ثم يعتبر) ظاهر ، والضمير في لتقررره للحق ، وقيل (قوله وهم كالميت في حق المسلمين ، قال الله تعالى - أو من كان ميتاً فأحييناه) أقول : فيه بحث .

لنقرر به بقطع الاحتمال . وقال أبو يوسف : وقت القضاء لأنه يصير موتا بالقضاء ، والمرتبة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف (وتقضى الديون التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام ، وما لزمه في حال رده من الديون يقضى مما اكتسبه في حال رده) قال العبد الضعيف عصمه الله : هذه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، وعنه أنه يبدأ بكسب الإسلام وإن لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه . وجه الأول أن المستحق بالسببين مختلف ، وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم . وجه الثاني أن كسب الإسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ، ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث

أزيم لنقرر به بقطع الاحتمال (أى احتمال عوده : أى اللحاق لا يوجب أحكام الموت إلا إذا كان مستقرا وهو أمر غير معلوم فبالقضاء به يتقرر (وعند أبي يوسف) يعتبر كونه وارثا (وقت القضاء) حتى لو كان من بحيث يرث وقت الردة كافرا أو عبدا ووقت القضاء مسلما معتقا ورث عند أبي يوسف لا عند محمد ، وهذا (لأنه) أى اللحاق إنما (يصير موتا بالقضاء) لأنه بمجرد غيبة فتقرر بها بالقضاء به ، وبتقرر به يصير موتا والإرث يعتبر عند الموت . وقدمنا تمام وجهي القولين (والمرتبة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف في المرتد وعلى الأحكام التي ذكرناها من عتق مديريها وحلول ديونها) قوله وتقضى ديونه التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام ، وديونه التي لزمته في حال رده مما اكتسبه في حال رده (وعلى هذا فإن فضل من كسب الإسلام عن ديون الإسلام شيء ورثته الورثة ولألا لا يرثون شيئا ، ولو فضل عن ديون الردة شيء من كسب الردة عند أبي حنيفة أنه لا يرث لأنه لا يرث كسب الردة . . قال المصنف رحمه الله (وهذا التفصيل المذكور رواية عن أبي حنيفة) قيل رواها زفر عنه ، ولم ينسب الكرخي هذا إلى أبي حنيفة بل قال : وقال زفر والحسن : ما لحقه في حال الإسلام إلى آخره (وعنه أنه يبدأ بكسب الإسلام) فيقضى منه الدينان جميعا ، فإن وفى فكسب الردة في جماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيئا في هذه الصورة إلا أن يفضل عن كسب الإسلام شيء عن الدينين (فإن لم يف كل من كسب الردة) وهذه رواية الحسن بن زياد عنه (وعنه على عكسه) وهو أن يقضى الدينان جميعا من كسب الردة ، فإن وفى بالديون ورثت الورثة كسب الإسلام كله ، وإن لم يف كل من كسب الإسلام ورثت الورثة ما فضل إن فضل شيء ، وهذه رواية أبي يوسف عنه (وجه الأول) وهو التفصيل (أن المستحق بالسببين) وهو دين الإسلام ودين الردة (مختلف ، وحصول كل من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب الذي حصل به ليكون الغرم بالغنم . وجه الثاني) وهو رواية الحسن (أن كسب الإسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ، ومن شروط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث) وهو مقدار

السبب وهما متقاربان (قوله هذا رواية عن أبي حنيفة) هو رواية زفر رحمه الله . وقوله (وعنه) أى عن أبي حنيفة رضى الله عنه (أنه يبدأ بكسب الإسلام) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (قوله وعنه) أى عن أبي حنيفة أيضا وهو رواية أبي يوسف عنه (على عكسه) وهو أن يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة (قوله وجه الأول أن المستحق بالسببين) أى المداينتين (مختلف) وتقريه أن المستحق بالسببين مختلف والمؤدى من كسب واحد غير مختلف ، فالمستحق بالسببين غير مؤدى من كسب واحد فلا بد من أدائه من كسبين تحقيقا للاختلاف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به المستحق وهو الدين فيضاف أدائه إليه ليكون الغرم بإزاء الغنم وقوله (وجه الثاني) تقريره أن كسب الإسلام ملكه وكل ما هو ملكه يخلفه الوارث فيه : ومن شرط هذه الخلافة

(قوله وجب به المستحق وهو الدين الخ) أقول : قوله وهو راجع إلى المستحق .

فيقدم بالدين عليه ، أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه إلا إذا تعلر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه ، كالذي إذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ، ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك هاهنا . وجه الثالث أن كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه ، فكان قضاء الدين منه أولى إلا إذا تعذر بأن لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الإسلام تقدما لحقه .

ما عليه من الدين (فيقدم الدين) مطلقا (عليه أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عند أبي حنيفة فلا يقضى دينه منه ، إلا إذا تعلر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه) فإن قيل : كيف يقضى منه وهو فيء عنده غير مملوك له بل لجماعة المسلمين ؟ أجاب فقال : لا بعد في هذا (فإن الذي إذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين) ومع ذلك إن كان عليه دين يقضى منه أولا وما فضل يكون للمسلمين (فكذلك هاهنا) قال في المبسوط : وعلى هذا لا ينفذ تصرفه في الرهن وقضاء الدين من كسب الإسلام (وجه الثالث) وهو رواية أبي يوسف (أن كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه) بمعنى أنه ما يتعلق به حق الغير كما يتعلق في مال المريض ، وإلا فهو قد ذكر أن أملاكه تزول ، غير أنه لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له ؛ ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس ملكه ، وإذا كان خالص حقه (كان قضاء دينه منه أولى ، إلا إذا لم يف فحينئذ يقضى من كسب الإسلام تقدما لحقه) قال في المبسوط : وعلى هذا نقول عقد الرهن كقضاء الدين ، فإذا قضى دينه من كسب الردة أو رهنه بالدين فقد فعل عين ما كان يحق فعله ، فهذه ثلاث روايات عن

الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين ، وأما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه إلا إذا تعلر قضاؤه من محل آخر بأن لم يكن له كسب الإسلام . فإن قيل : لما لم يكن ملكه كيف يؤدي منه دينه ؟ أجاب بقوله (كالذي إذا مات ولا وارث له) فلم يبق له ملك فيما اكتسبه بل يكون ماله لجماعة المسلمين ، ومع ذلك لو كان عليه دين يقضى منه . وقوله (وجه الثالث أن كسب الإسلام حق الورثة) . تقريره : كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه ، وقضاء الدين من خالص حقه أولى منه من حق غيره إلا إذا تعذر بأن لم يف به فحينئذ يقضى دينه من كسب الإسلام تقدما لحقه . وفيه بحث من أوجه : الأول ما قيل إن هذا يناقض قوله : أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة . والثاني أن كون كسب الإسلام حق الورثة ممنوع ، فإن حقههم إنما يكون متعلقا بالتركة بعد الفراغ عن حق المورث . والثالث أن قضاء الدين من خالص حقه واجب ومن حق غيره ممنوع ، فلا وجه لقوله فكان قضاء الدين منه أولى . وأجيب عن الأول بأن المنع من خلوص الحق هاهنا هو أن لا يتعلق حق الغير به كما يثبت التعلق في مال المريض ، ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له ؛ ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له ، وكذلك الذي إذا مات ولا وارث له على ما ذكرنا آنفا . وعن الثاني بأن الدين إنما يتعلق بماله عند الموت ، لا بما زال من قبل ، وكسب الإسلام قد زال وانتقل بالردة إلى الورثة ، وكسبه في الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به . وعن الثالث بأن كسب الإسلام بعرضية أن يصير خالص حقه بالتوبة ، فكان أحدهما خالص حقه ، والآخر بعرضية أن يصير خالص حقه ولا شك أن قضاء الدين من الأول أولى . هذا على طريقة أبي حنيفة رضي الله عنه . وعندهما يقضى دينه من الكسبين جميعا لأنهما جميعا

(قوله أجاب بقوله كالذي الخ) أقول : فيه بحث لوضوح الفرق بينهما .

وقال أبو يوسف ومحمد : تنقض ديونه من الكسبين لأنهما جميعا ملكه حتى يجرى الإرث فيهما ، والله أعلم . قال (وما باعه أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه من أمواله في حال رده فهو موقوف ، فإن أسلم صح عقوده ، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت) وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز ما صنع في الوجهين . اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام : نافذة بالاتفاق كالاستيلاء والطلاق لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك وتام الولاية . وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملة له .

أبي حنيفة ، ولو لم يكن له مال إلا ما اكتسبه في حال رده قضى منه (وقال أبو يوسف ومحمد : تنقض ديونه من الكسبين لأنهما جميعا ملكه عندهما) حتى يجرى فيها الإرث (قوله وما باعه) المرتد (أو اشتراه أو أعتقه أو رهنه إلى آخره) قال المصنف رحمه الله (اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام : نافذة بالاتفاق كالاستيلاء والطلاق لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك في الاستيلاء ولا إلى تمام الولاية) في الطلاق ، فإن الاستيلاء يصح في جارية الابن وحتى المرتد في ماله أقوى من الأب في جارية ابنة ، ولذا تصح دعوى المولى ولد أمة مكاتبه وحتى المرتد في ماله أقوى من حق المولى في كسب المكاتب لأن المال موقوف على حكم ملكه ، حتى إذا أسلم كان له بلا سبب جديد ولا ملك للأب والمولى بينهما ، والطلاق يقع من العبد مع قصور ولايته ، فإنه لا ولاية له على نفسه . وأورد عليه أن بالردة تحققت الفرقة فكيف يقع الطلاق . أجيب بأنه لا يانزم وقوع البيئونة امتناع الطلاق ، وقد سلف أن المبائة يلحقها صريح الطلاق مادامت في العدة . وصرح في المحيط بأن الفرقة بالردة من قبيل الفرقة التي يلحقها الطلاق مع أن الردة لاتلزمها الفرقة كما لو ارتدا معا ، ومن هذا القسم تسليم الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون لأنها لا تنفي على حقيقة الملك (وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنها تعتمد الملة ولا ملة له) لأنه غير

ملكه حتى يجرى الإرث فيهما على ما تقدم من مذهبهما . قال (وما باعه أو اشتراه) ذكر التصرفات التي يختلف علماؤنا رحمهم الله في نفاذه وتوقفه وقال : وهذا عند أبي حنيفة ، وإنما قال كذلك لأن المسئلة من مسائل القدرى ، وليس الخلاف فيه مذكورا في هذا الموضع ، وبين أقسام تصرفات المرتد وهو واضح إلا ما ذكره ، فقله يجوز ما صنع في الوجهين يريد بأحدهما الإسلام وبالثاني القتل والموت واللعن . وقوله لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك وتام الولاية نشر لقله كالاستيلاء والطلاق ؛ فقله إلى حقيقة الملك : يعنى في الاستيلاء ، فلو ولدت جاريته وادعى نسيه ثبت منه ويرثه هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية أم ولد له لأن حقه في ماله أقوى من حق الأب في جارية الابن واستيلاء الأب صحيح ، فكذلك استيلاءه حيث لا يحتاج إلى حقيقة الملك ، وإنما يكتفى فيه بحق الملك . وقوله (وتام الولاية) يعنى في الطلاق فإنه يصح من العبد مع قصور الولاية على نفسه . فإن قيل : الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق من المرتد ؟ أجيب بأن المرتد يقع طلاقه كما لو أبان الرجل امرأته ثم طلقها طلاقا بائنا على ما عرف ، على أنه يحتمل أن يوجد الارتداد ولا تقع الفرقة كما لو ارتدا معا (قوله لأنه) أى كل واحد من النكاح والذبيحة (يعتمد الملة ولا ملة له) لأنه ترك ما كان عليه ولا يقر على ما دخل فيه لوجوب القتل . واستشكل بأن المراد بالملة إن كان الإسلام ينتقض بنكاح أهل الكتاب وذبايحهم ، وإن كان المراد بها الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح المجوس والمشركون فيما بينهم فإنهم ليس لهم ملة سماوية لا مقررة

(قال المصنف : نافذة بالاتفاق كالاستيلاء الخ) أقول : في الكافي وتسليم شفعته والحجر على عبده المأذون له . وعد الإمام الترقاى الحجر على المأذون من المختلف في توقفه (قوله وإن كان المراد بها الملة السماوية الخ) أقول : وأيضا المرتد إذا ارتد إلى النصرانية أو اليهودية كان له ملة سماوية ، إلا أن يقال : شرع لم يجعل له ملة حيث أجبر على العود إلى الإسلام .

وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمردد مالم يسلم . ومختلف في توقفه وهو ماعددناه . لهما أن الصحة تعتمد الأهلية والنفاذ يعتمد الملك ، ولا خفاء في وجود الأهلية لكونه مخاطبا ، وكذا الملك لقيامه قبل موته على ماقررناه من قبل ، ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لسته أشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفاته ، إلا أن عند أبي يوسف تصح كما تصح من الصحيح ، لأن الظاهر عوده إلى الإسلام ، إذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرددة .

مقرر على ما انتقل إليه من دين سماوى أو غيره ، كالشرك فهو بمنزلة من لا ملة له ، وهذا حاصل ما فسر به ظهور الدين من أن المراد بالملة التي يدينون بملك الذكاح التوارث والتناسل ، والمردد لا يتحقق في نكاحه شيء من ذلك لأنه لا يقر حيا ومن هذا القسم ليرثه ، وأما الإرث منه فقد تقدم أنه ثابت لورثته المسلمين (وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لأنها تعتمد المساواة) بين الشريكين (ولا مساواة بين المسلم والمردد) فيتوقف عقد المفاوضة ، فإن أسلم نفذت ، وإن مات أو قتل أو قضى بلحاظه بطلت بالاتفاق لكن تصير عنانا عندهما ، وعند أبي حنيفة تبطل أصلا لأن في العنان وكالة وهي موقوفة عنده (ومختلف في توقفه وهو ماعددناه) من بيعه وشرائه وعتقه ورهنه ومنه الكتابة وقبض الديون والإجارة ، والوصية عنده هي موقوفة إن أسلم نفذت وإن مات أو قتل أو لحق بطلت (لهما أن الصحة) للمعاملات التي ذكرناها (تعتمد الأهلية) لها (والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء في وجود الأهلية لكونه مخاطبا) بالإيمان ، وكذا قتله قروح كونه مكلفا (وكذا ملكه أقباه قبل موته على ماقررناه) يعنى من قوله مكلف محتاج إلى آخره ، ومما يوضح كون ملك المرتدة باقيا أنه لو ولد له ولد من امرأة مسلمة أو أمة مسامة لسته أشهر فصاعدا ورثه ، فلو كان ملكه زلما لم يرثه هذا الولد ، ولو أن ولده قبل الردة مات بعدها قبل موته ولحاظه لا يرثه ، وإذا كان ملكه قائما وأهليته نفذت تصرفاته عندهما (إلا أن عند أبي يوسف تصح كما تصح من الصحيح) من جميع المال (لأن الظاهر عوده إلى الإسلام إذ الشبهة تزاح فلا يقتل) فلا يكون كالمرضى

ولا محرفة ، وقد حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم القاضي بالنفقة والسكنى وجريان التوارث بين الزوجين منهم . وأجيب بأن المراد بالملة مايتدينون به نكاحا يقرون عليه ويجرى به التوارث بين الزوجين لأن ماهو الغرض من النكاح يحصل عند ذلك وهو التوالد والتناسل ، والمردد والمرددة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما ، لأن المرتد يقتل والمرددة تحبس فكيف يتم لهما هذه الأغراض من النكاح ، بخلاف المحبوس وأهل الشرك فإنهم دانوا ديننا يقرون عليه قبل الإسلام وبعده إن لم تكن المرأة من محارمة فكانت المصالح منتظمة . وقوله (كالمفاوضة) معناه أن المرتد إن قاوض مسلما توقف ، فإن أسلم نفذت المفاوضة وإن مات أو قتل أو قضى بلحاظه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق (قوله وهو ماعددناه) يعنى قوله وما باعه أو اشتراه الخ . وقوله (على ماقررناه) إشارة إلى قوله لأنه مكلف محتاج الخ . وقوله (ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لسته أشهر) توضيح لوجود ملك المرتد : يعنى فلو كان الملك زلما لهما ورثه هذا الولد لكونه عتوقه بعد الارتداد . وقوله (ولو مات ولده بعد الردة) يعنى لو مات ولده المواد قبل الردة بعد ما قبل موت المرتد لا يرثه : فلو لم يكن ملكه قائما بعد الردة أورثه هذا الولد لأنه كان حيا وقت ردة الأب ، فإذا ثبت وجود الأهلية وقيام الملك يصح تصرفه لكن على الاختلاف المذكور في الكتاب .

(قوله وأجيب بأن المراد بالملة مايتدينون به نكاحا الخ) أقول : قوله نكاحا حال . ثم أقول : فيه تأمل ، فإنه إذا أريد بالملة ذلك ينبنى أن تحمل ذبائح المحبوس والمشرى وليس كذلك . قال في النهاية : فالجواب أن حل الذبيحة يقتضى ملة تتلى من الكتاب وصحة النكاح تقتضى ملة لومات عليها برثها من كان عليها ذلك النكاح انتهى ، فظاهر ألا يلزم حينئذ الجمع بين الحقيقة وإنجاز أو بين معنى المشترك (قال المصنف : والنفاذ الملك)

وعند محمد تصبح كما تصبح من المريض لأن من انتحل إلى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضى إلى القتل ظاهرا، بخلاف المرتدة لأنها لا تقتل . ولأبي حنيفة أنه حربى مقهور تحت أيدينا على ماقررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربى يدخل دارنا بغير أمان فيؤخذ ويقهر وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله ، فكذا المرتد ، واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فأوجب خلافا في الأهلية ، بخلاف الزانى وقاتل العمد لأن الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية

(وعند محمد تصبح من الثلث كما تصبح من المريض لأن من انتحل نحلة لاسيا) إذا كان بها (معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه) فكان بذلك على شرف الملاك كالمريض مرض الموت ، إلا أن أبا يوسف يقول بيده دفع القتل عنه والموت على ذلك بتجديد الإسلام ، بخلاف المريض (ولأبي حنيفة رحمه الله أنه حربى مقهور تحت أيدينا على ماقررناه في توقف الملك) أى عوده لما حررناه من أن المراد أنه يزول ملكه برده ثم يعود بعوده إلى الإسلام من أنه حربى مقهور نفسه وماله تحت أيدينا (وتوقف التصرفات بناء عليه) فإن التصرفات الشرعية المذكورة توجب أملا كما لمن قامت به ، وزوال أملاك مثلا البيع يوجب أن يملك المبيع وأن يخرج من ملكه الثمن والإجارة كذلك ، والفرض أن ليس مع الردة ملك فامتنع إفادة هذه التصرفات أحكامها في الحال ، فإن أسلم أفادته حين وقعت وهذا معنى التوقف (فصار) المرتد (كالحربى يدخل دارنا بلا أمان فيؤخذ) أى يؤسر (فتوقف تصرفاته لتوقف حاله) حيث كان للإمام الخيار بين استرقاقه وقتله ، فإن قتل أو أسر لم تنفذ منه هذه أو أسلم لم يؤخذ له مال (فكذا المرتد) وقوله (واستحقاق الخ) جواب عما يقال المرتد يجب أن يكون كالمقتضى عليه بالقصاص والرجم لأنه مقهور تحت أيدينا للقتل عينا خصوصا فإنه لا يمكن له حالة غير القتل ، بخلاف المرتد فإن غيرها محتمل في حقه لاحتمال إسلامه ، ومع ذلك لا يزول بملك واحد منهما عن ماله وتصرفاتها نافذة . فأجاب بالفرق (بأن استحقاق القتل في الفصلين) أى الحربى والمرتد (لبطلان العصمة) بانتفاء سببها وهو الإسلام (فأوجب خلافا في الأهلية ، بخلاف الزانى والقاتل عمدا لأن استحقاق القتل بذلك السبب جزاء على الجناية) مع بقاء سبب العصمة وهو الإسلام فيبقى مالكا حقيقة

وقوله (على ماقررناه في توقف الملك) إشارة إلى ماقلناه من قوله وله أنه حربى مقهور تحت أيدينا (وتوقف التصرفات بناء عليه) أى على توقف الملك . وقوله (لتوقف حاله) أى حال الحربى بين الاسترقاق والقتل والمن . وقوله (وكذا المرتد) يعنى حاله يتوقف بين القتل والإسلام ، ثم هناك إن استرق أو قتل بطل وإن ترك نفذ فكذلك هاهنا . واعتراض عليه بأن الحربى الذى دخل دارنا بغير أمان يكون فينا فكيف تتوقف تصرفاته ، والاعتراف بجواز المن يسقط الاعتراض . وقوله (واستحقاقه القتل) جواب عن قولهما ولا خفاء في الأهلية . وتقريره : لانسلم وجود الأهلية لأن الصحة تقتضى أهلية كاملة وليست بموجودة في المرتد ، كما أنها ليست بموجودة في الحربى لأن كل واحد منهما يستحق القتل لبطلان سبب العصمة وهو كونه آدميا مسلما وذلك يوجب الخلل في الأهلية . وقوله (في الفصلين) يريد به فصل الحربى وفصل المرتد . فإن قيل : لو كان استحقاق القتل موجبا لخلل في الأهلية مؤثرا في توقف التصرفات لكان تصرفات الزانى المحصن الذى يستحق الرجم وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل . أجاب بقوله (لأن الاستحقاق في ذلك) يعنى أن الاستحقاق الموجب للخلل وهو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة ، والزانى والقاتل ليسا كذلك لأن الاستحقاق فيهما (جزاء على الجناية) وقوله

أقول : بالرفع عطف على قوله يعتمد ، ولا يجوز النصب على المذهب المنصور لئلا يلزم العطف على معنوى عاملين مختلفين ، وهذا تبين ما في شرح الإقناع من الخلل ، وأنت خبير بأنه حيث يكون معنى الكلام أن الصحة تعتمد للنفاذ والملك ، إلا أن يقال ينتظر في التوافق ما لا ينتظر في الأوائل ، وفيه بحث (قوله واعتراض عليه بأن الحربى) أقول : المعتبر هو الإقناع .

وبخلاف المرأة لأنها ليست حربية ولهذا لا تقتل (فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاظه بدار الحرب إلى دار الإسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه) لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه ، وإذا عاد مسلماً احتج إليه فيقدم عليه ، بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه ، وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه لأن القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ، ولو جاء مسلماً قبل أن يقضى القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلماً لما ذكرنا

لبقاء عصمة ماله لقيام سببها ، ولهذا لو قتل القاتل غير ولي القصاص قتل به ، وإنما يقتل كل منهما بما هو من حقوق تلك العصمة (بخلاف المرتدة لأنها ليست حربية ولهذا لا تقتل) قال أبو اليسر : ما قاله أحسن لأن المرتد لا يقبل الرق والقهر يكون حقيقياً لا حكماً ، والمملك يبطل بالقهر الحكيم لا الحقيقي ، ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقضى عليه بالرجم . وحاصل مراده أن المنافي للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند أبي حنيفة ، بل تقول : إنما أوجب الاسترقاق ذلك في الأصل للقهر الكائن بسبب حرايته ، وهو موجود في المرتد فيثبت فيه ذلك بطريق أولى لأن الرق يتصور معه ملك النكاح ، بخلاف قهر المرتد (قوله وإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاظه إلى دار الإسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه) نقلنا أو عرضنا (أخذه لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه) عنه بالموت المحكوم به (وإذا عاد مسلماً) فقد أحياه الله تعالى حياة جديدة ، ولذا قلنا في المرتدة المتزوجة إذا لحقت وعادت مسلمة عن قريب تزوج من ساعها لأنها فارغة من النكاح والعدة كأنها حييت الآن ، قال تعالى - أو من كان ميتاً فأحييناه - فإذا حي (احتج إليه فيقدم على الوارث) وعلى هذا لو أحيا الله سبحانه وتعالى ميتاً حقيقة وأعادته إلى دار الدنيا كان له أخذ ما في يد ورثته (بخلاف ما أزاله الوارث عن ملكه) سواء كان بسبب يقبل القسح كبيع أوهبة أو لا يقبله كعتق وتديير واستيلاد فإنه يمضي ولا عود له فيه ولا يضمه (وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه) لا يعودون في الرق (لأن القضاء) بعقوبتهم (قد صح بدليل مصحح) له وهو الحاق مرتداً لأنه كالموت الحقيقي فنفذ ، والعتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان ولا وهم لمولاهم : أعنى المرتد الذي عاد مسلماً ، هذا إذا جاء مسلماً بعد الحكم بالحاق ، فلو جاء مسلماً قبل الحكم بالحاق (فكأنه لم يزل مسلماً) كأنه لم يرتد قط (لما ذكرنا)

(وبخلاف المرأة) جواب عن قولهما وصار كالمرتدة . قال (فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاظه) أي إذا عاد المرتد بعد الحكم بلحاظه بدار الحرب إلى دار الإسلام (مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه) لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه عنه حيث دخل دار الحرب (وإذا عاد مسلماً احتج إليه فيقدم عليه) أي على الوارث . قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في هذا : ولو كان هذا بعد موته حقيقة بأن أحياه الله تعالى وأعادته إلى الدنيا كان الحكم فيه هكذا إلا أنه خلاف العادة (بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه) فإنه لا سبيل له لأنه أزاله في وقت كان فيه بسبيل من الإزالة فنفذت (وبخلاف أمهات الأولاد والمدبرين) فإنه لا سبيل له عليهم (لأن القضاء بعقوبتهم قد صح بدليل مصحح) وهو قضاء القاضي بلحاظه عن ولاية ، لأنه لو كان في دار الإسلام كان له أن يبيعه حقيقة ، فإذا خرج عن ولايته كان له أن يبيته حكماً ، فإذا كان قضاؤه عن ولاية نفذ ، والعتق بعد وقوعه لا يجتمل النقض (ولو جاء مسلماً قبل قضاء القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلماً) فأمهات أولاده ومدبروه على حالهم لا يعتقون بقضاء القاضي ، وما كان عليه من الديون فهو إلى أجله كما كانت (لما ذكرنا) يعني من قوله

(قوله وصار كالمرتدة) أقول : أنت خير بأن قوله وصار كالمرتدة ليس قولهما بل هو قول أبي يوسف (قال المصنف : فما وجده في يد الخ) أقول : قال في الكافي : ولكن إنما يعود إلى ملكه بقضاء أم رضا .

(وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الإسلام فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ ارتد فادّعاه فهي أم ولد له والولد حرّ وهو ابنه ولا يرثه ، وإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب) أما صحة الاستيلاء فلما قلنا ، وأما الإرث فلأن الأم إذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه إلى الإسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرث لا يرث المرتد ، أما إذا كانت مسلمة فالولد مسلماً تبعاً لها لأنها خيرهما ديناً والمسلم يرث المرتد

من أنه لا يستقر لحاقه إلا بالقضاء ، وما لم يستقر لا يورث فتكون أمهات أولاده ومدبروه على حالهم أرقاء ، وما كان عليه من الديون المؤجلة لا تحل بل تكون إلى أجلها لعدم تقرر الموت ، وصار كالعبد إذا أبقى بعد البيع قبل القبض ثم عاد ، إن كان بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء بالفسخ ، وإن عاد قبله جعل الإبقاء كأن لم يكن (قوله وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية) أو يهودية (كانت له في حالة الإسلام فجاءت بولد لستة أشهر أو أكثر) ولو إلى عشر سنين (منذ ارتد فادّعاه فهي أم ولد له والولد حرّ وهو ابنه) وثبت لأمه حتى أمية الولد (ولا يرثه ، فإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات) المرتد (على رده ، أو لحق بدار الحرب . أما صحة الاستيلاء من المرتد فلما قلنا) إنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك حتى صح استيلاء الأب جارية الابن والعبد المأخوذ جارية من تجارته ذكره أبو الليث في شرح الجامع الصغير (وأما أنه لا يرثه فلأن الأم إذا كانت) يهودية أو (نصرانية يجعل الولد تبعاً للمرتد لأمه) لقرب المرتد إلى الإسلام للجبر عليه ، والظاهر أنه لا يورث القتل على العود (فصار الولد في حكم المرتد والمرث لا يرث المرتد) ولا غيره (وأما إذا كانت) الأمة (مسلمة فالولد مسلماً تبعاً لها لأنها خيرهما ديناً . والمسلم يرث المرتد) ولا يقال : لم لم يجعل تبعاً للدار فيما إذا كانت الأم نصرانية ، لأنه إنما يجعل تبعاً للدار إذا لم يكن معه أحد أبويه بأن يسبي وليس معه أحدهما أو ياتمق في دار الإسلام ، ولا يظن أن هذا ينتقض بما إذا ارتد الأبوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردهما ، فإنه يبقى مسلماً مع وجودهما لأن الحكم بإسلامه في هذه الصورة ليس لتبعية الدار بل لأنه كان حين ولد مسلماً فيبقى على ما كان عليه ، بخلاف مسألة الكتاب لأنه لم يسبق للولد حكم الإسلام إذا لم يوجد في زمن إسلامهما ، وتقييد المسئلة بما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً احترازاً عما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر فإنه يرثه إذا مات أو لحق أو قتل على رده ، وذلك للتيقن بحصول العلوق في حالة إسلام أبيه المرتد فكان الولد مسلماً والمسلم يرث المرتد . وفي القوائد الظهيرية ما ذكر في الكتاب أن الإرث يستند إلى حالة الإسلام فيكون توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حالة الردة يضعف بهذه المسئلة ، لأن الولد يعني ولد الأمة المسلمة هناك لم يكن موجوداً حال الإسلام ، ومع هذا يرث ، فعلم أن الصحيح ما رواه محمد عن أبي حنيفة أن من كان وارثاً عند موته سواء كان موجوداً وقت انزدة أو حدث بعدها انتهى . وقد قلنا أنه أصح من قول شمس الأئمة ، وعلى هذا فيكون تخصيصاً لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر ، بالكافر الأصلي ، إلا أنه

إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بقضاء القاضي . وقوله (وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية) ظاهر . وقوله (فلما قلنا) إشارة إلى قوله لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك ثم حكم تمام ستة أشهر حكم الأكثر منها ، وإنما قيد بقوله لأكثر من ستة أشهر احترازاً عما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ، فإن الولد يرث أباه المرتد وإن كانت أمه نصرانية ، لأننا تيقنا حينئذ بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلماً تبعاً لأبيه ، وأما إذا جاءت به لستة أشهر من وقت الردة

(قال المصنف : والمسلم يرث المرتد) أقول : وهذا يستقيم على رواية محمد بن اشتراط كونه وارثاً عند الموت . قال الإمام العلامة الكاظمي : فلم بهذا أن الصحيح ما رواه عن محمد بن أبي حنيفة .

(وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك انمال فهو فيء ، فإن لحق ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم) لأن الأول مال لم يجر فيه الإرث ، والثاني انتقل إلى الورثة بقضاء القاضي بلحاظه فكان الوارث مالكا قديما (وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة) ،

محتاج إلى دليل التخصيص . ويمكن كونه دلالة الإجماع على إرث المسلمين ماله إذا لم يكن له وارث ، لأن ذلك لإسلامهم على ما قدمناه فارجع إليه ، وهذا كله بناء على كونه إذا جاءت به لسته أشهر أو أكثر يحكم بأن العلوق بعد الردة . والوجه أنه متى جاءت به أمته النصرانية لمدة يتصور العلوق فيها في حالة الإسلام يجب أن يعتبر العلوق فيها ، وهذا يمكن إذا جاءت به لأقل من سنتين بلحظة لأنه أحوط للحكم بالإسلام لأنه على هذا الاعتبار يعلق مسلما ويرثه وإن كان خلاف المذهب كالذي جاءت به لأقل من ستة أشهر ، إلا أن على هذا لو جاءت به لتنام سنتين فصاعدا لا يرث (قوله وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر) المسلمون (على ذلك المال فهو فيء) بإجماع الأئمة الأربعة ، وإنما يخالف الأئمة الثلاثة فيما كان في دار الإسلام من الباقي من ماله على ما تقدم أنه عندهم محفوظ له إلى أن يظهر موته فيصير فيئا . ولا يشكل كون ماله فيئا دون نفسه ، فإن مشركي الغرب كذلك (وإن لحق ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال) فحكم الورثة فيه حكم مالك مال استولى عليه الكفار ثم ظهر عليه فوجده مالكة وهوانهم (إن وجدوه قبل القسمة رد عليهم) وإن وجدوه بعدها أخذوه بقيمتهم إن شاعوا ولو كان مثليا ، فقد تقدم أنه لا يؤخذ لعدم الفائدة . ثم جواب هذا الكتاب أغنى الجامع الصغير وهو ظاهر الرواية لا يفصل بين أن يكون عوده وأخذه المال بعد القضاء بلحاظه أو قبله ، أما إذا كان بعد القضاء بالحق فظاهر لأنه تقرر الملك للورثة ثم استولى عليه الكافر وأحضره بدار الحرب . وأما إذا عاد قبله كان عوده وأخذه ولحاظه ثانيا يرجع جانب عدم العود ويؤكد موته ، وما احتيج إلى القضاء بالحق لصيرورته ميراثا إلا ليرجع عدم عوده فيتقرر إقامته ثمة فيتقرر موته فكان رجوعه وأخذه ثم عوده ثانيا بمنزلة القضاء . وفي بعض روايات السير جعله فيئا لأن بمجرد اللحاق لا يصير المال ملكا للورثة . والوجه ظاهر الرواية (قوله وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة) خلافا للأئمة

لم يتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلما بإسلام الأب . قبل الردة (وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء) أي المال فيء دون نفسه ، ويجوز أن يكون المال فيئا دون نفسه كمشركي العرب (وإن لحق ثم رجع) يعني وإن لحق وحكم القاضي بلحاظه ثم رجع (وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم) والفرق بين المسئلتين أن الأول مال لم يجر فيه الإرث فهو مال الحربي ، وإذا ظهر على مال الحربي فهو فيء لا محالة (والثاني انتقل إلى ورثته بقضاء القاضي بلحاظه فكان الوارث مالكا قديما) والمالك القديم إذا وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة أخذه مجانا ، فإن لم يكن القاضي حكم بلحاظه والمسئلة بحالها ، ففي ظاهر الرواية يرد على الورثة أيضا لأنه متى لحق بدار الحرب فالظاهر أنه لا يعود فكان ميتا ظاهرا . وفي بعض روايات السير يكون فيئا لاحق للورثة فيه لأن الحق لا يثبت لهم إلا بالقضاء (وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة) ،

والمكاتبه والولاء للمرتد الذي أسلم) لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ ، فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته ، وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل ، والولاء لمن يقع العتق عنه (وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على رده فالدية في مال اكتسبه في حال الإسلام خاصة عند أبي حنيفة . وقالوا : الدية فيما اكتسبه في حالة الإسلام والردة جميعاً) لأن العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله . وعندهما الكسبان جميعاً ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ، ولهذا يجري الإرث فيهما عندهما . وعنده ماله المكتسب في الإسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه ، ولهذا كان الأول ميراثاً عنه : والثاني فيثا عنده (وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على رده من ذلك أو لحق بدار الحرب

الثلاثة (والولاء والمكاتبه) أى بدل الكتابة (للمرتد الذي أسلم ، لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ) وهو القضاء بالعبد له ، وإلى نقل الملك إلى الأب لأن المكاتب لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك فجعل كأن الابن وكيل عنه ، فإنه لما لحق بدار الحرب كان كأنه سلب ابنه على التصرف في ماله (وحقوق العقد ترجع إلى الموكل في الوكالة) بالكتابة (والولاء لمن يقع العتق عنه) فلذا كان الولاء للمرتد الذي عاد مسلماً : بخلاف ما إذا كان أدى بدل الكتابة إلى الابن فإن الولاء حينئذ يكون للابن (قوله وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على رده فالدية في مال اكتسبه في حال إسلامه خاصة عند أبي حنيفة ، وقالوا : في مال اكتسبه في الردة والإسلام) أما أن الدية في ماله (فلأن العواقل لا تعقل المرتد) لأن تحملهم العقل باعتبار نصرتهم إياه التي بها يقوى على الجرأة ولا نصرة منهم للمرتد ، وأما أنها عنده في كسب الإسلام فقط فلائنه لا يملك غيره عنده ، وعندهما يملك الكل فيكون مألزمه من الكل ، وعلى هذا إذا غصب مالا فأفسده يجب ضمانه في مال الإسلام وعندهما في الكل ، وعلى هذا لو لم يكن له كسب الإسلام واكتسب في الردة تهلر الجناية عند أبي حنيفة خلافاً لهما (وقوله وماله المكتسب) ماله مبتدأ ، والمكتسب خبره ، والأولى في مثله الإتيان بضمير الفصل لرفع توهم الصفة ، إلا أنه تركه للاهتمام إليه لفساد المعنى على الصفة ، وجناتية العبد والأمة والمكاتب المرتدين كجنائيتهم في غير الردة لأن الملك فيهما قائم بعد الردة ، والمكاتب يملك أكسابه في الردة فيكون موجب جنائيته في كسبه والجناية على المالك المرتدين هدر (قوله وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على رده من ذلك القطع أو لحق

والمكاتبه والولاء للمرتد الذي أسلم) أما جواز الكتابة (فلأنه لا وجه إلى بطلانها لنفوذها بدليل منفذ) وهو قضاء القاضي بالحق ، ثم بعد ذلك إما أن يبقى المكاتب على ملك الابن أو ينتقل إلى الأب ، لا سبيل إلى الأول لأن الكتابة لا تخل بملك الرقة ، وقد ذكرنا أن المرتد إذا عاد مسلماً أخذ ما وجدته بعينه في يد وارثه ، ولا إلى الثاني لأن المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته لأن في الوكالة خلافة احتيالا لبقاء حكم الحاكم في صحة الكتابة فكأنه وكله في كتابة عبده (وحقوق العقد فيه) أى في عقد الكتابة (ترجع إلى الموكل) وأما أن الولاء للمرتد الذي أسلم فلأن الولاء لمن أعنتى ، والعتق إنما يحصل منه بعد أداء بدل الكتابة ، بخلاف ما إذا رجع مسلماً بعد أداء بدل الكتابة لأن الملك الذي كان له لم يبق قائماً حينئذ . قال (وإذا قتل المرتد رجلاً) كلامه واضح . وقوله (لانعدام النصرة) يعنى أن التعاقل إنما يكون باعتبار التناصر وأحد لا ينصر المرتد فتكون الدية في ماله كسائر ديونه وماله هو المكتسب في حال الإسلام دون الردة عند أبي حنيفة رضى الله عنه (وعندهما الكسبان جميعاً ماله) فقوله . وعنده ماله المكتسب مبتدأ وخبر ، وكان المقام مقتضياً لضمير الفصل ليفصله

ثم جاء مسلما فأت من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة) أما الأول فلأن السراية سحلت محلا غير معصوم فأهلرت ، بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فأت من ذلك لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار ، أما المعتبر قد يهدر بالإبراء فكذا بالردة . وأما الثاني وهو ما إذا لحق ومعناه إذا قضى بلحاظه فلأنه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى ، فإذا لم يقض القاضي بلحاظه فهو على الخلاف الذي نيينه إن شاء الله تعالى . قال (فإن لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد وزفر : في جميع ذلك نصف الدية ، لأن اعتراض الردة أهلر السراية فلا ينقلب

ثم جاء مسلما ومات منه فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة) فيهما (أما الأول) وهو وجوب نصف الدية فيها إذا مات فلأن القطع وإن وقع على محل معصوم لكن السراية التي بها صار القطع قتلا سحلت المحل بعد زوال عصمته فأهلرت إذ لو لم تهدر وجب القصاص في النفس للعمد . وأيضا صار اعتراض زوال العصمة شبهة في سقوط القصاص في اليد ، وإذا أهلرت السراية وجب دية اليد لأن هذا القدر وقع زمن العصمة وأقل ما فيه دية اليد (بخلاف ما لو قطعت يد المرتد ثم أسلم فأت من ذلك) القطع فإنه لا يجب الضمان أصلا لأن القطع وقع في وقت لا قيمة لها فيه وهو وقت الردة فكانت هبرا (وأهلر لا يلحقه الاعتبار ، أما المعتبر فقد يلحقه الإهدار بالإبراء فكذا بالردة) وأما الثاني وهو وجوب نصف الدية إذا لحق ثم عاد مسلما فأت من القطع . قال المصنف (ومعناه إذا قضى بلحاظه فإنه صار ميتا تقديرا) بالقضاء بالحقاق (والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى) على أنها قتل لأنه مائت سرية بعد انقطاع حكم القطع فوجب الاقتصاص على موجب القطع الواقع في حال العصمة من حيث هو قطع لا قصاص فيه ، وفي ذلك نصف دية النفس فوجب للورثة (وأما إذا لم يقض بلحاظه) حتى عاد مسلما فأت (فهو على الخلاف الذي نيينه) قال شمس الأئمة : الصحيح أنه على الخلاف . وقال فخر الإسلام : لانص فيه ، ثم قال : وهو على الاختلاف ، ويريد بقوله الذي نيينه ما يذكر من أن على قول محمد يجب نصف الدية وعلى قولهما دية النفس كاملة فيما تلى هذه وهي قوله وإن لم يلحق : أي المقطوع يده مسلما إذا ارتد ثم أسلم فأت من القطع من غير تمخلل لحاق (فعند أبي حنيفة وأبي يوسف على القاطع دية كاملة) استحسانا (وعند محمد وزفر في جميع ذلك) يعني الصور الأربعة ، وهي ما إذا قطعت يده مسلما فارتد ومات على رده أو ارتد ثم أسلم بلا لحاق أو ارتد ولحق بعد القضاء أو قبله ثم عاد فأسلم (نصف الدية) قياسا . ووجهه (أن اعتراض الردة أهلر السراية) حتى لو قتله قاتل لا شيء عليه ، فإذا أسلم بعد ذلك (لا ينقلب

عن الصفة (قوله أما الأول) يعني ما إذا مات على رده (قوله فأهلرت) يعني السراية لأنها لو لم تهدر لوجب القصاص في العمد والدية الكاملة في الخطأ لأن قطع اليد صار نفسا (بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فأت من ذلك) فإنه لا يضمن القاطع من ذلك شيئا وإن كان معصوما وقت السراية (لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار) يعني إذا لم يقع معتبرا ابتداء لا ينقلب معتبرا بعد ذلك لأن غير الموجب لا ينقلب موجبا (أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء فكذلك بالردة . قوله فإن لم يلحق وأسلم) يعني إذا قطع يد المسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ولم يلحق بدار الحرب ثم أسلم ثم مات فعليه الدية كاملة (قوله في جميع ذلك) أي فيها إذا مات على رده أو لحق ثم جاء مسلما أو لم يلحق وأسلم وقواه (لأن اعتراض الردة أهلر السراية فلا ينقلب

(قوله لأنها لو لم تهدر الخ) أقول : فيه نوع مصادرة (قوله لأن قطع اليد صار نفسا) أقول : الظاهر أن يقال صلا تولا .

بالإسلام إلى الضمان، كما إذا قطع يد مرتد فأسلم - ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس، كما إذا لم تتخلل الردة، وهذا لأنه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية، وإنما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم، وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين

بالإسلام إلى الضمان) من غير سبب جديد وصار كما لو قطعت يد مرتد أو حربى فأسلم لا يجب على الفاعل شيء (ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم) لأنه مسلم (وتمت فيه) لأنه مسلم في الحالين (فيجب ضمان النفس كما إذا لم تتخلل الردة) وهذا لأن تخللها كائن في حال البقاء فقط، وإنما يوجب سقوط العصمة في حال البقاء وبه تثبت الشبهة المسقطه للقصاص في النفس في ضمانها بالدية لأن سقوط العصمة في حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية إلا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء في إيجابها، والواقع أنه لا معتبر ببقائها في ذلك، وإنما المعتبر قيامها في حال ابتداء الجناية لانعقاده سنيا، وفي حال الموت ليثبت الحكم وهو الضمان (وحالة البقاء بمعزل) إذ ليست حال انعقاد سبب الضمان ولا حال ثبوت حكمه (فصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين) لاعتباره به بل المعتبر قيامه حال التعاقب وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط، حتى إذا قال لزوجته إن دخلت فأنت طالق ثم أبانها ثم تزوجها فدخلت طلقت، وكذا للعبد إن فعلت فأنت حر فباعه ثم اشتراه ففعل عتق، وكذا وجود النصاب في إيجاب الزكاة المعتبر وجوده أول الحال لينعقد السبب وفي آخره ليثبت حكمه، هذا إذا كان المقطوع يده هو الذي ارتد، فلو كان القاطع هو الذي ارتد في المبسوط: فإن قتل ومات المقطوع يده من القطع مسلما، فإن كان عمدا فلا شيء له لأن الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على رده أو مات، وإن كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لأنه عند إيجابه كان مسلما وجناية المسلم خطأ على عاقلته، وتبين بالسراية أن جنايته كانت قتلا فكانت على عاقلته، ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا أن المرتد

بالإسلام إلى الضمان) دأبه أن الردة معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شيء فكذلك إذا لم يموت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تفاخا البيع ثم مات العبد لم يجب لإلاديه اليد كما لو مات على البيع، لأن البيع معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شيء، لأن الإقدام على البيع لإبراء عن الجناية من حيث المعنى، وصار كما إذا قطع يد مرتد فأسلم سواء مات من القطع أو لم يموت حيث لا يجب ضمان النفس في الأول ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الأصل المأثور أن المهدر لا يلحقه الاعتبار (ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم) لأن الفرض أنه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم لأن الفرض أنه لم يلحق وأسلم فيجب ضمان النصف والباقي ظاهر وقوله (وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين) يعني إذا قال لعبيده إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق، أما لو علم الملك عند اليمين أو عند الحنث لم يعتق. وفرق بين الردة والبيع بأن الردة ليست بإبراء ولا مستازمة له لأنها وضعت لتبديل الدين وتصح من غير إبراء، إلا أنه إذا مات على ذلك لم يجب الضمان للمهدر به بالردة، بخلاف بيع العبد المحن عليه لأن البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه، فإذا قطع الأصل قصدا فقد قطع البدل أيضا فصار كالأبراء. وذكر فخر الإسلام رحمه الله في شرح الجامع الصغير أن قول محمد وزفر رحمهما الله قياس، وقول أبي حنيفة وأبي يوسف رضى الله عنهما استحسان، ولم يذكر في الكتاب ما إذا

(قوله سواء مات من القطع أو لم يموت الخ) أقول: الأول هو الاكتفاء بقوله إذا مات من القطع ويبان حكمه، فإن تسميه يومه أن لا يجب عند محمد وزفر نصف الدية أيضا بناء على ما ذكره قتال.

(وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فأخذ بماله وأبى أن يسلم فقتل فإنه يوفى مولاة مكاتبته وما بقي فلورثته) وهذا ظاهر على أصلهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حرا ، فكذا إذا كان مكاتباً . وأما عند أبي حنيفة فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا أكسابه ؛ ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق ، فكذا بالأدنى بالطريق الأولى

لا يعقل جنياته أحد (قوله وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا) في أيام رده ينفى بكتابته (فأخذ بماله أى أسره) وأبى أن يسلم فقتل فإنه يوفى مولاة مكاتبته وما بقي فلورثته ، وهذا ظاهر على أصلهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حرا فكذا إذا كان مكاتباً (إذ الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة أولى ، وإذا كان ملكه قضيت منه مكاتبته) وأما عند أبي حنيفة رحمه الله (فيشكل لأنه لا يملكه كسب الردة إذا كان حرا وملكه إياه مكاتباً . ووجهه (أن المكاتب إنما يملك أكسابه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة) ولا تبطل بالموت فيستمر موجبها مع الردة فيتحقق ملكه في أكسابه ولا يتوقف فيقضى منها ويورث الباقي . وقوله (ألا ترى إلى آخره) توجيه لعدم توقف تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع إلى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لأن الحكم ببقاء العقد يوجب الحكم بثبوت أحكامه ، فالاستدلال على ثبوت حكمه استدلال على ثبوته ، وكان يكفيه فيه كون الكتابة لا تبطل بالموت الحقيقي فأولى أن لا تبطل بالموت الحكمي وهو الردة ، فإن منع عدم بطلانها بالموت الحقيقي اكتفى بالاستدلال على مسئلة الكتاب إذا مات عن وفاء ، واستدلال المصنف وجه آخر . وحاصله بدلالة حال الرق فإنه لا يتوقف تصرف المكاتب

كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوع يده بالسراية مسلماً . وحكمه أنه إن كان عمدا فلا شيء له ، لأن الواجب في العمد القود ، وقد فات محله حين قتل على رده أو مات ، وإن كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لأنه عند الجناية كان مسلماً ، وجناية المسلم إذا كانت خطأ على عاقلته وتبين بالسراية أن جنيته كانت قتلا فلهذا كانت على عاقلته دية النفس ، وإن كانت الجناية منه في حال رده كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا أن المرتد لا يعقل جنياته أحد . وقوله (وأما عند أبي حنيفة) أبو حنيفة رحمه الله يحتاج إلى التفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكاً له إذا كان حرا وجعله ملكاً له إذا كان مكاتباً . وجه الفرق ما ذكره أن المكاتب يملك أكسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة لأنه لا يتوقف بحقيقة الموت فكذا باللاحاق الذي هو شبه الموت ، وإذا لم يتوقف العقد لم يتوقف الأكساب الحاصلة بسببه واستوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنه) أى المكاتب (لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق فكذا بالأدنى) يعنى الردة (بالطريق الأولى) وإنما كان الرق أقوى من الردة في الممانعة عن التصرف لأن بعض تصرفات المرتد نافذ بالإجماع كالاستيلاء والطلاق . وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرها ، وأما العبد فمنع عن التصرفات كلها ، ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع كونه رقيقاً لم يتوقف تصرفه أيضاً مع أنه مرتد أولى . قال صاحب النهاية رحمه الله : قلت أشيخى رحمه الله في هذا لا يازم من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف عدم منع الردة عنه ، لأنه إذا لم يمنع كل واحد منهما على الانفراد جاز أن يمنعاه عند الاجتماع ، لأن للاجتماع تأثيراً كما في الشاهدين ، ثم اجتمع هاهنا للمكاتب ثلاثة أوصاف كونه مكاتباً ورقيقاً ومرتداً ، فجاز أن يكون ممنوعاً عند اجتماع هذه الأوصاف . قال رحمه الله : أما الكتابة فهي مطلقة للتصرف لامانة ، وأما الرق والردة فكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف بانفراده فلا

(قوله كالاستيلاء والطلاق) أقول : الأول أن لا يذكر الطلاق فإنه صحيح من العبد أيضاً كما مر (قوله عدم منع الردة عنه الخ) أقول : أى ردة المكاتب ، وأنت بخير بأن أخبر كلامه . لا يلام أوله لدلالة آخره بكون المنع مجموع الرق والارتداد لا الارتداد فقط ، والأمر سهل

(وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان في) لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ، ويجبر الولد الأول على الإسلام ، ولا يجبر ولد الولد .

بسبب رقه ، مع أن الرق أقوى من الردة في نفي صحة التصرف حتى لا يصبح استيلاده ، فأولى أن لا يتوقف بسبب رده . والحاصل أن عقد الكتابة منع مقتضى الردة كما منع مقتضى الرق فصار المكاتب في دار الحرب ككونه في دار الإسلام . وأورد عليه بأن كون أحدهما لا يمنع مع عقد الكتابة لا يستلزم أن لا يمنع إذا اجتمعا ، وقد اجتمع في المرتد المكاتب الرق والردة فجاز أن ينتفى التصرف . أجيب مرة بأن جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على العلم إلا بدليل ، ومرة بأن الكتابة مطلق للتصرف وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده ، وقد ثبت شرعا ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى أحدهما وانضمام أحدهما إلى الآخر انضمام علة إلى أخرى فيما يعال بعاتين مستقلتين ، ولا ترجيح بكثرة العال المستقلة لما عرف ، بل الترجيح بوصف في العلة (قوله وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان في) ، لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ثم يجبر الولد على الإسلام (قال الولوالجي : ولا يقتل كولد المسلم إذا بلغ ولم يصف الإسلام يجبر عليه ولا يتنل (ولا يجبر ولد الولد) أما جبر الولد فلا لأنه يتبع أبويه أو أحدهما في الدين فيكون مسلما بإسلامهما ورتدا بردهما ، فلما كان مرتدا بردهما أجبر كما يجبران ، وإنما لم يجبر ولد الولد لأنه لا يتبع جدّه بل أباه لقوله صلى الله عليه وسلم « كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه » الحديث : أي يستتبعانه في ذلك ، وإنما لم يحل تبعه لأبيه في الردة فيجبر مثله لأن ردة أبيه كانت تبعاً والتبع لا يستتبع ، خصوصاً وأصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لأنه لم يرتد حقيقة ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل ، بخلاف أبيه ،

يثبت الرجحان بزيادة العلة ، كما إذا أقام أحد المدعين أربعة من الشهود ، بل الرجحان إنما يثبت بوصف في العلة لا بالعلة نفسها إلى هذا لفظه . وأرى أن الجواب بحسب النظر غير مطابق للسؤال لأنه ما أبرز السؤال من حيث أن إحدى علتى المنع تعارض علة الإطلاق وترجح بالأخرى ، بل أبرز من حيث أنهما عند الاجتماع لم لا يجوز أن يكونا مانعا عن التصرف بناء على أن الهيئة بالاجتماعية لها من الخواص ما ليس لكل على الانفراد ، ولعل الهيئة الاجتماعية إنما يكون لها زيادة تأثير إذا أمكن أن يحصل من تركيبها أمر خارجي أو اعتبار حقيقي لا فرضي ولا يمكن ذلك من الرق والردة . قال (وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله) قيل قوله فحبلت المرأة في دار الحرب تقييده بدار الحرب اتفاق فإنها إن حبلت في دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك ، ولعله ذكره لفائدة وهي أن العاوق إذا كان في دار الحرب كان أبعد عن الإسلام ، وإذا كان في دار الإسلام كان أقرب إليه باعتبار الدار لكون الدار جهة في الاستتباع ، فالجبر هناك يكون جبراً ههنا بالطريق الأولى ، وكلامه ظاهر . وقوله (ولا يجبر ولد الولد) وهو ظاهر الرواية . ووجهه أنه لو كان مسلماً تبعاً للجد كان تبعاً للجد جده فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه الصلاة والسلام ، ولو كان تبعاً لأبيه وهو تبع لكان التبعية مستتبعة لغيره

(قوله وأرى أن الجواب بحسب النظر الخ) أقول : لعل المراد المحجب أن الرق لو كان في درجة الكتابة في القوة معارضا لما يرجح عليها بأقسام الردة التي هي من جنسه ، ومثله في المنع عن التصرف فلا لا يرجح عليها بزيادتها وهو ليس في مرتبتها في القوة أولى بالطريق فتأمل (قوله تعارض علة الإطلاق) أقول : الذي هو الكتابة (قوله ولعل الهيئة الاجتماعية الخ) أقول : فيه منع ظاهر (قوله قيل قوله الخ) أقول : القتال هو الإقتاف (قوله ولعل ذكره الخ) أقول : قوله ولعل ذكره الخ مأخوذ مع الكافي مع تغيير يسير بعبارة فراجع إن شئت

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجبر تبعا للجد ، وأصله التبعية في الإسلام وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروایتين . والثانية صدقة الفطر . والثالثة جرّ الولاء . والأخرى الوصية للقرابة .

وإذا لم يتبع الجد فيسرق ، أو توضع عليه الجزية أو يقتل لأن حكمه حيثئذ حكم سائر أهل الحرب إذا أسروا ، وأما الجد فيقتل لأعماله لأنه المرتد بالأصالة أو يسلم (وروى الحسن عن أبي حنيفة أن ولد الولد يجبر على الإسلام تبعا لجدّه) فيجعل مرتدا تبعا له . قال المصنف (وأصله التبعية في الإسلام) يعني أصل الجبر على الإسلام تبعا للجد هو ثبوت الإسلام تبعا للجد (وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروایتين) رواية ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعا للجد ، ورواية الحسن يكون تبعا لإحداها هذه (والثانية صدقة الفطر) للولد الصغير إذا كان جده موسرا ولا أب له أو له أب معسر أو عبد لا تجب على الجد في ظاهر الرواية ، وفي رواية الحسن تجب عليه (والثالثة جرّ الولاء) صورتها : معتقة تزوّجت بعبد وله أب عبد فولدت منه فالولد حر تبعا لأمه وولائه لمولى أمه ، فإذا عتق جده لا يجزّ ولاء حافظه إلى مواليه عن موالى أمه في ظاهر الرواية ، وفي رواية الحسن يجزّ كما لو أعتق أبوه (والرابعة الوصية للقرابة) لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية ، وفي رواية الحسن لا يدخل كالأب ، وتقيد الجبل بدار الحرب ليس لإخراج الجبل في دار الإسلام عن حكم المسئلة : أعنى جبر الولد بل لإفادة حكم الجبر فيما إذا حبلت في دار الإسلام وولدت في دار الحرب بطريق أولى ، لأنه إذا أجبر مع أنه عاق في دار الحرب وللدار جهة استتباع تقتضى أنه أبعد عن الإسلام ، فلأن يجبر إذا عاق في دار الإسلام على الإسلام أولى . هذا إذا ولد لهما ولد بعد لحوقهما ، أما إذا ارتدا ولحقا بولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد فيء لأن الولد الصغير صار مرتدا تبعا للأبوين وولد المرتد يصير فيئا بالسبي كذا ذكر ، ولو صح لزّم أنهما لو لم يلحقا به يكون مرتدا ، وليس كذلك على ما تقدم من أنه ثبت له حكم الإسلام فيبقى عليه إلا بمزيل . والأحسن ما في المبسوط من أنه خرج عن كونه مسلما باللاحاق به ، فإن ثبوت حكم الإسلام للصغير باعتبار تبعية الأبوين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به فكان الولد فيئا يجبر على الإسلام إذا بلغ كما تجبر الأم عليه ، فإن كان الأب ذهب به وحده والأم مسلمة في دار الإسلام لم يكن الولد فيئا لأنه بقي مسلما تبعا لأمه . فإن قيل : كيف يتبعها بعد تباين الدارين قلنا : تباين الدارين يمنع الاتباع في الإسلام ابتداء لافي إبقاء ما كان ثابتا ؛ ألا ترى أن الحربى لو أسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج إلى دارنا بقي الولد مسلما حتى لو ظهر عليه لا يكون فيئا ، بخلاف ما لو أسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب . ومثرت هاتان المسئلتان . وكذا إن كانت الأم مسلمة والولد معه في دار الحرب

(وروى الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنهما أنه يجبر تبعا للجد) لأن التبعية في حق الأب للتفرع ، والتفرع ثابت في حق الجد ولهذا كان بمنزلة الأب في النكاح وبيع مال الصغير . وقوله (كلها على الروایتين) يعني في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الأب في تلك المسائل ، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة جعل الجد فيها بمنزلة الأب ، أما صيرورة الولد مسلما بإسلام جده فهي ما ذكرنا ، وأما صورة صدقة الفطر فهي أن الأب إذا كان فقيرا أو عبدا والجد موسر هل تجب فطرة الجاهل عليه أو لا ؟ وأما صورة جرّ الولاء فلائذ إذا أعتق الجد والجاهل حر والأب رقيق هل يكون ولاء الجاهل لموالى الجد أو لا يكون : وصورة الوصية للقرابة إذا وصى رجل لذي قرابته لا يدخل الوالدان فيها ، وهل يدخل الجد أولى على الروایتين . وذكرنا هذه المسائل في شرح القرائض السراجية

(قوله هل تجب فطرة الجاهل عليه) أقول : يعني إذا لم يكن له مال (قوله فلائذ إذا أعتق الجد والجاهل حر الخ) أقول : بأن كانت أمه معتقة تزوّجت عبدا فولدت فإن ولاء لموالى الأم (قوله هل يكون ولاء الجاهل لموالى الجد) أقول : يعني إذا أعتق .

قال (وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، ويجبر على الإسلام ولا يقتل ، وإسلامه إسلام لا يرث أبويه إن كانا كافرين . وقال أبو يوسف : ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام) وقال زفر والشافعي : إسلامه ليس بإسلام وارتداده ليس بارتداد . لهما في الإسلام أنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلا . ولأنه يلزمه أحكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له . ولنا فيه أن عليا رضي الله عنه أسلم في صباه ، وصحح النبي عليه الصلاة والسلام إسلامه ، واقتضاه بذلك مشهور .

لأن بالموت يتأكد الإسلام ولا ينقطع (قوله وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أي حنيفة ومحمد) أي يصح . فلو مات له قريب مسلم بعد رده لا يرث منه ، وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجع وقال : ليس بارتداد (وإسلامه إسلام) باتفاق الثلاثة (فلا يرث أبويه الكافرين) ويرث أقاربه المسلمين ، ولا يصح نكاح المشرقة له ، وتحل له المومنة ، وتبطل مالية الخمر والخزير ونحو ذلك . وعن ابن أبي مالك عن أبي يوسف أن أبا حنيفة رجع إلى قول أبي يوسف (وقال زفر والشافعي : إسلامه ليس بإسلام وردته ليست بارتداد لهما) أي لزفر والشافعي في عدم صحة إسلامه (أنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلا) لثنايف بين صفة الأصالية والتبعية ، لأن الأولى سمة القدرة والثانية سمة العجز ، ثم إسلامه يصح تبعا لأبويه فلا يجعل أصلا مستقلا به (ولأنه يلزمه أحكاما تشوبها المضرة) من حرمان الإرث والفرقة بينه وبين زوجته المشرقة (فلا يؤهل له) كالطلاق والعقاق (ولنا فيه) أي إسلامه (أن عليا رضي الله عنه أسلم في صباه ، وصحح النبي صلى الله عليه وسلم إسلامه ، واقتضاه بذلك مشهور) أما اقتضاه فأنقل من قوله رضي الله عنه :

سبقتكمو إلى الإسلام طرا غلاما ما بلغت أوان حلمي

وشرح رسالتنا . وقوله (وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد) يعني يجري عليه أحكامه فيبطل نكاحه ويحرم عن الميراث ويجبر على الإسلام ولا يقتل وإن أدرك كافرا ويحبس ، وتوجيه تحرير المذهب في الكتاب ظاهر . وقوله (لهما) أي لزفر والشافعي رحمهما الله (أنه) أي الصبي الذي يعقل (تبع لأبويه فيه) أي في الإسلام (فلا يجعل أصلا) يعني يصح إسلامه بطريق التبعية للأبوين فلا يصح بطريق الأصالة ، إذ التبعية دليل العجز والأصالة دليل القدرة ، وبين القدرة والعجز تناقض وأحد المتناقضين وهو الإسلام بطريق التبعية موجود بالإجماع فينتفي الآخر ضرورة . وقوله (ولأنه يلزمه) دليل آخر وهو واضح (قوله واقتضاه بذلك مشهور) يشير إلى ما قاله رضي الله عنه :

سبقتكمو إلى الإسلام طرا غلاما ما بلغت أوان حلمي

واختلفت الروايات في سنة حين أسلم رضي الله عنه وحين مات . قال جعفر بن محمد : أسلم وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم دعاه إلى الإسلام في أول مبعثه ومدة البعث ثلاث وعشرون سنة والخلافة بعده ثلاثون انتهت بموت علي ، فإذا ضمنت خمسا إلى ثلاث وخمسين صار ثمانيا

(قوله بطريق التبعية موجود) أقول : فيه بحث . (قال المصنف : ولنا فيه أن عليا رضي الله عنه أسلم صبيا وصحح النبي عليه الصلاة والسلام إسلامه) أقول : قال العلامة النسفي في الكافي : والتعلق به مشكل ، إذ لم ينقل أنه عليه الصلاة والسلام صح إسلامه في أحكام الدنيا من حرمان الميراث ووقوع الفرقة . فإن قلت : صح في أحكام الآخرة فهذا مسلم ولا كلام فيه ، وإنما الكلام في أحكام الدنيا . فإن قلت : ذكره مطلقا فانصرف إليهما ، قلت : هي حكاية حال فلا عموم له ، وأحكام الآخرة مرادة فلم يرد غيرها . قال العلامة الكاكي : أجيب بأنه عليه الصلاة والسلام صح صلاته وصومه وغزوه حتى أعطى له السهم ، فعلم أنه عليه الصلاة والسلام صحه في أحكام الدنيا أيضا . فتأمل فيه (قال المصنف : واقتضاه بذلك مشهور الخ) أقول : ويشهد لذلك قوله :

سبقتكمو إلى الإسلام طرا غلاما ما بلغت أوان حلمي

ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهي التصديق والإقرار معه ، لأن الإقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما هو في
والحقائق لا ترد ، وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقابوية ، وهي من أجل المنافع وهو الحكم الأصلي ، ثم يبقى
عليه غيرها فلا يبالى بشوبه

وأما ما عن الحسن أنه أسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافق أحد عليه سوى رواية عن أحمد لم تصح ، بل
الصحيح عنه أنه أسلم وهو ابن ثمان سنين . قال ابن الجوزي : استقرار الحال يبطل رواية الخمس عشرة لأنه إذا
كان له يوم البعث ثمان سنين فقد عاش معه ثلاثا وعشرين سنة وبقي بعد النبي صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة ،
فهذه مقارنة السنين ، وهو الصحيح في مقدار عمره . ثم أسند عن جعفر بن محمد عن أبيه قال : قتل علي رضي
الله عنه وهو ابن ثمان وخمسين سنة . قال : فتي قلنا إنه كان يوم إسلامه ابن خمس عشرة سنة صار عمره ثمانيا وستين
ولم يقله أحد . وأخرج البخاري في تاريخه عن عروة قال : أسلم علي وهو ابن ثمان سنين . وأخرج الحاكم في
المستدرک من طريق ابن إسحاق أنه أسلم وهو ابن عشر سنين . وأخرج أيضا عن ابن عباس رضي الله عنهما : دفع
النبي صلى الله عليه وسلم الراية إلى علي يوم بدر وهو ابن عشرين سنة . وقال : صحيح على شرط الشيخين . قال
الذهبي : هذا نص على أنه أسلم وله أقل من عشر سنين ، بل نص على أنه أسلم وهو ابن سبع سنين أو ثمان سنين .
وما ذكر الثعالب وغيره في اتفاق الأعمار من أن كلا من النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعلي رضي الله
عنهم عاش ثلاثا وستين سنة يقتضي أن عمره حين أسلم كان عشر سنين وهو ما تقدم من رواية الحاكم من طريق
ابن إسحاق . قال صاحب التنقيح : ولأنه صلى الله عليه وسلم عرض الإسلام على ابن صياد وهو غلام لم يبلغ ، وقد
يقال تصحيحه صلى الله عليه وسلم إسلامه إن أريد في أحكام الآخرة فسلم ، وكلامنا في تصحيحه في أحكام الدنيا
والآخرة حتى لا يرث أقاربه الكفار ونحو ذلك . ولم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم صحبه في حق هذه الأحكام بل
في العبادات ، فإنه كان يصلي معه على ما هو ثابت ونحو ذلك . نعم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم صححت
إسلامه أمكن أن يصرف إليه باعتبار الجهتين ، لكن لم ينقل ذلك ، وقد أورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه
وعلى ما ذكرنا هو الوجه . قيل : ومن أفتح القبائح أن لا يسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه والصلاة .
قيل : والعجب من الشافعي كيف يصح اختياره لأحد أبويه عند الفرقة مع ظهور أنه إنما يختار من يطلق عنانه إلى
أهويته من اللعب وغيره ولا يصح اختياره المقطوع بخيرته . فإن قال هو غير مكلف ، قلنا : إنما يلزم ذلك إذا
قلنا بوجوبه عليه قبل البلوغ كما عن أبي منصور والمعتزلة وأنه يقع مسقطا للواجب ، لكننا إنما نختار أنه يصح
لتنزبه عليه الأحكام الدنيوية والأخروية ، ثم إذا بلغ لزمه فلو ارتد بعد البلوغ أجبر على الإسلام بالحبس لا بالقتل
بخلاف المسلم بالغ . وعند أحد ومالك يقتل إن لم يعد إلى الإسلام . قال المصنف (ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو
التصديق والإقرار معه) والتصديق الباطني يحكم به للإقرار الدال عليه على ما عرف من تعليق الأحكام المتعلقة بالباطن
به ، وإذا كان قد أتى به فقد دخلت حقيقة الإيمان قائمة به في الوجود ، فكيف يصح أن يقال لم تدخل ولم
يتصف مع الدخول والاتصاف ، فإن قال : الإيمان الذي أنفيه منه هو المعتبر ، فما دخل في الوجود لا أنفيه ،

وخمسين . وقال القتيبي : أسلم وهو ابن سبع ومات وهو ابن ستين (قوله ولأنه أتى بحقيقة الإسلام) دليل آخر ،
وهو ظاهر (قوله وما يتعلق به سعادة أبدية) يجوز أن يكون معطوفا على التصديق : أي هو التصديق الأصلي وهو
ما يتعلق ، ويجوز أن يكون خبر مبتدأ محذوف ، ويجوز أن يكون مبتدأ وخبره قوله هو الحكم الأصلي على تقدير
أن يكون بخبره ، ويجوز أن يكون قوله وما يتعلق به مبتدأ ، وقوله سعادة أبدية خبره وهو الأولى ، وهو جواب

ولهم في الردة أنها مضرّة محضة ، بخلاف الإسلام على أصل أبي يوسف لأنه تعلق به أعلى المنافع على ما مر ، ولأبي حنيفة ومحمد فيها أنها موجودة حقيقة ، ولا مرد للحقيقة

ولكن أقول لا يعتبر شرعا . قلنا : دعوى عدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة ، إما لعدم أهلية الصحة وهو منتف لأن جعل أهلا للنبوة كما في يحيى عليه الصلاة والسلام وهي فرع الإيمان والاتفاق على أهليته للصلاة والصوم حتى يصحان منه ويثاب عليهما ، وإما لعدم أهلية الوجوب فنلتزمه والكلام ليس فيه كما ذكرنا آنفا ، وإما لحاجز شرعي وهو منتف . ولا يليق أن يثبت شرعا منع عن الإيمان بالله سبحانه وتعالى مع عقلية ومعرفته ، نعم مقتضى الدليل أن يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد إلى تصديق وإقرار يسقط به ، ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والإقرار غير المنوي به إسقاط الفرض ، كما أنه لو كان يواظب الصلاة قبل باوغيه لا يكون كما كان يفعل بل لا يكفيه بعد باوغيه منها إلا ما قرنه بنية أداء الواجب امتثالا ، لكنهم اتفقوا على أنه لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ ، أما عند فخر الإسلام فلا أنه يثبت أصل الوجوب به على الصبي بالسبب وهو حدوث العالم وعقلية دلالاته دون وجوب الأداء ، لأنه بالخطاب وهو غير مخاطب ، فإذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكاة . وأما عند شمس الأئمة فلا وجوب أصلا لعدم حكمه وهو وجوب الأداء ، فإذا وجد وجد وصار كالمسافر يصلي الجمعة يسقط فرضه وليست الجمعة فرضا عليه ، لكن ذلك للترقية عليه بعد سببها ، فإذا قلتم ، ولا نعلم خلافا بين المسلمين في عدم وجوب نية فرض الإيمان بعد بلوغ من حكم بصحة إسلامه صبيّا تبعا لأبويه المسلمين أو لإسلامه وأبواه كافران ، ولو كان ذلك فرضا لم يفعله أهل الإجماع عن آخرهم . وأما قوله يشوبها ضرر . قلنا ماتتعلق به السعادة الأبدية ويزول به توقع مضرّة أبدية من رد إسلامه ليستمر على الكفر كل عاقل يعنيه ولا يبالى معه بذلك الضرر لأنه لانسبة له بالضرر الآخر . وأما الثاني الذي ذكرنا فإلزام يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعا وأصلا معا ولستنا نقول به بل هو تبع مالم يعقل ويقرّ مختارا ، فإذا عقل وأقرّ مختارا نقول انقطعت تبعيته في حق هذا الحكم وبقي أصلا . وفي المبسوط منع المضادة وأجاز اجتماعهما كالمرأة تسافر مع الزوج تكون مسافرة تبعا له حتى إذا لم تنو السفر تكون مسافرة ، ولو نوته كانت مسافرة مقصودا وتبعا ، فجعلهما أمرين يتأيد أحدهما بالآخر . قال المصنف (ولهم في الردة) يعني الشافعي وزفر وأبا يوسف (أنها مضرّة محضة ، بخلاف الإسلام على أصل أبي يوسف لأنه تعلق به أعلى المنافع) ودفع أعظم المضار (ولأبي حنيفة ومحمد) ما قلنا من (أنها موجودة حقيقة) بوجود حقيقتها من الإنكار والإقرار به (ولا مرد للحقيقة) فإن قيل : لا يلزم من اعتبار الحقيقة وعدم ردها في الإسلام

عن قوله ولأنه يلزمه أحكاما تشوبها المضرّة . وعورض بأنه لو صح إسلامه بنفسه وقع فرضا لأنه لا نقل في الإيمان ومن ضرورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب بالاتفاق ، فإذا لم يمكن تصحيحه فرضا لم يصح ، بخلاف سائر العبادات فإنه يتردد بين الفرض والنقل . والجواب أننا لانسلم أن من ضرورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا . فإن المسافر إذا حضر الجمعة وصلى وقع فرضا وليس بمخاطب به ، ومن صلى في أول الوقت وقع فرضا وهو ليس بمخاطب به عندنا في ذلك الوقت . والجواب عن قوله إنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلا أن إحدى الجهتين مؤيدة بالأخرى فلا يكونان متنافيين ، وذلك كالجندى إذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنية مقصودة وتبعا للسلطان أيضا (قوله ولهم) أي لأبي يوسف وزفر والشافعي رحمهم الله . وقوله (ولأبي حنيفة ومحمد رخصهما الله فيها) أي في الردة (أنها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة

(قوله والجواب أنا لا نسلم الخ) أقول : لا يلزم من كون الشيء فرضا أن يكون من أتى به مخاطبا .

كما قلنا في الإسلام ، إلا أنه يجبر على الإسلام لما فيه من النفع له ، ولا يقتل لأنه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم . وهذا في الصبي الذي يعقل .

مثله في الردة لما في ذلك من النفع وفي الردة من الضرر ؛ ألا ترى أنه يصح منه قبول الهبة ولا يصح منه الهبة ؟ الجواب أن الحقيقة الداخلة منه في الوجود إذا كانت مما يقطع فيه بالعالم أو الجحول فهي التي لا يمكن عدم اعتبارها كالإيمان والردة ، فإنه لا يمكن أن يحل عارفا إذا علم جهله بالكفر ولا جاهلا إذا علم علمه بالإيمان فلا بد من اعتبارها بعد وجودها ، وصار كما إذا صام بنية يحل صائما شرعا ، فلو أكل جعل مفطرا ولم يحل صائما ، وكذا إذا صلى ثم أفسدها ، فأما إذا كانت مما لا يقطع فيها بذلك بل هي دائرة بين علمه بالمصلحة وجهله بها فلا تصح منه لأنها لم تثبت بالمصلحة في نفس الأمر ، وذلك كالهبة فإنه جاز فيه كونه علم المصلحة لما علمه من حسن الجزاء عليها بالضعف ، وجاز كونه جاهلا في ذلك بأن لم تكن جالبة لذلك فتنعاه ، بخلاف القبول فإننا علمنا علمه بالمصلحة فلا نجعله جاهلا بها ، وإذا ثبت أن الحقائق بعد العلم بثبوتها لا ترد لزوم ضررها بالضرورة ؛ ألا ترى أننا اتفقنا على جعله مرتدا إذا ارتد أبواه ولحقا به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر (قوله إلا أنه) أي الصبي المرتد (يجبر على الإسلام لما فيه من النفع) المتيقن ودفع أعظم المضار (ولا يقتل) وهذه رابعة أربع مسائل لا يقتل فيها المرتد : إحداها الذي كان إسلامه تبعا لأبويه إذا بلغ مرتدا ؛ ففي القياس يقتل كقول مالك والشافعي ، وفي الاستحسان لا يقتل لأن إسلامه لما ثبت تبعا لغيره صار شبهة في إسقاط القتل عنه وإن بلغ مرتدا . الثانية إذا أسلم في صغره ثم بلغ مرتدا ففي القياس يقتل وبه قال مالك وأحمد ، وفي الاستحسان لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة إسلامه في الصغر . والثالثة إذا ارتد في صغره . والرابعة المكروه على الإسلام إذا ارتد لا يقتل استحسانا لأن الحكم بإسلامه من حيث الظاهر ، لأن قيام السيف على رأسه ظاهر في عدم الاعتقاد فيصير شبهة في إسقاط القتل ، وفي كل ذلك يجبر على الإسلام ، ولو قتله قاتل قبل أن يسلم لا يلزمه شيء ، ذكر الكل في المبسوط . ولها خامسة وهو اللقيط في دار الإسلام محكوم بإسلامه ، ولو بلغ كافرا أجبر على الإسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين إذا بلغ كافرا . وقال المصنف في وجه عدم قتله (لأنه) أي القتل (عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم) وبين أن الكلام كله في الصبي الذي يعقل الإسلام . وفي المبسوط زاد كونه بحيث يناظر ويفهم ويفهم . واعتراض جماعة من الشارحين قول المصنف مرحمة عليهم بأنه يعذب في الآخرة مخلدا فليس بمحروم ، ونقل ذلك عن الأسرار والمبسوط وجامع الترمذاني رحمه الله ، وأحال الترمذاني هذه الرواية إلى التبصرة ، فالأولى في التعليل مافي المبسوط من أنه لا يقتل لاختلاف العلماء في صحة إسلامه . ولفظه في المبسوط في هذه المسألة : فإذا حكم بصحة رده بانته

كما قلنا في الإسلام فإن رد الردة يكون بالعفو عنها وذلك قبيح ، كما أن رد الإسلام إنما يكون بالحجر عنه وهو كذلك . واعتراض بأن هذا اعتبار ما هو مضر محضة بما هو منفعة محضة وذلك جمع بين الشيتين بالقياس ، وفرق الشارع بينهما ، ومثله فاسد في الوضع على ما عرف في الأصول . والجواب أن هذا قياس منا بوجود شيء وتحقيقه بوجود شيء آخر وتحقيقه في عدم جواز الرد ، ولا نسلم أن الشارع فرق بينهما . وقوله (إلا أنه يجبر على الإسلام) هذا جواب الاستحسان وفي القياس يقتل لردته بعد إسلامه . وقوله (لأنه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم) قال في النهاية : فيه نظر لأنه أسقط عقوبة القتل عن الصبي المرتد مرحمة لصباه ، والله تعالى أرحم الراحمين وهو لم يرحم عليه حتى عاقبه في النار مخلدا كسائر الكفار ، وذلك منصوب عليه في الأسرار والجامع الصغير للإمام

ومن لا يعقل من الصبيان لا يصبح ارتداده لأن إقراره لا يدل على تغير العقيدة، وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل .

منه امرأته ولكنه لا يقتل استحسانا لأن القتل عقوبة وهو ليس من أهل أن يلتزم العقوبة في الدنيا بمباشرة سببه كسائر العقوبات ، ولكن لو قتله إنسان لم يغرم شيئا لأن من ضرورة صحة رده إهدار دمه دون استحقاق قتله كالمرأة إذا ارتدت لا تقتل ، ولو قتلها قاتل لم يلزمه شيء (ومن لا يعقل من الصبيان لا يصبح ارتداده لأن ارتداده لا يدل على تغير العقيدة) وكذا لا يصبح إسلامه (قوله وكذا المجنون) لا يصبح ارتداده بالإجماع ولا إسلامه (والسكران الذي لا يعقل) كالمجنون ، وهو قول مالك وأحمد في رواية والشافعي في قول . وقال في قول آخر : يصح ارتداده كطلاقه . قلنا : الردة تبنى على تبدل الاعتقاد ، ونعلم أن السكران غير معتقد لما قال ووقع طلاقه لأنه لا يفترق إلى القصد ولذا لم يرد طلاق الناسي . وتقدم في كتاب الطلاق فيه زيادة أحكام فارجع إليه في فصل : ويقع طلاق كل زوج إلى آخره .

[فروع] كل من أبغض رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدا ، فالسباب بطريق أولى ، ثم يقتل حدا عندنا فلا تعدل توبته في إسقاط القتل . قالوا : هذا مذهب أهل الكوفة ومالك ، ونقل عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، ولا فرق بين أن يجيء تائباً من نفسه أو شهد عليه بذلك ، بخلاف غيره من المكفريات فإن الإنكار فيها توبة فلا تعمل الشهادة معه ، حتى قالوا يقتل وإن سب سكران ولا يعنى عنه ، ولا بد من تقييده بما إذا كان سكره بسبب محذور باشره مختاراً بلا إكراه وإلا فهو كالمجنون . وقال الخطابي : ولا أعلم أحدا خالف في وجوب قتله . وأما مثله في حقه تعالى فتعمل توبته في إسقاط قتله . ومن هزل بلفظ كفر ارتد وإن لم يعتقه للاستخفاف فهو ككفر العناد ، والألفاظ التي يكفر بها تعرف في الفتاوى ، وإذا تهود نصراني أو عكسه لا نأمره بالرجعة إلى ما كان عليه لأنه لا يؤمر بالكفر ، والردة محبطة ثواب جميع الأعمال . وإذا عاد إلى الإسلام إن عاد في وقت صلاة صلاها فعليه أداؤها ثانياً ، وكذا يجب عليه الحج ثانياً إن كان حج . وإذا اعتق المرتد عبده ثم أعته ابنه ثم مات المرتد أو قتل لا ينفذ لأن عتق المرتد موقوف فبموته يبطل ، وإعتاق ابنه قبل ملكه لأنه لا يملكه إلا بعد الموت حقيقة أو حكماً ولا يتوقف ، بخلاف ما لو أعتق الوارث عبداً من التركة المستغرقة بالدين ثم سقط الدين فإنه ينفذ ، والفرق في المبسوط وعن عدم ملك الوارث وسببه قلنا : إذا مات الابن وله معتق ثم مات الأب وهو مرتد وله معتق فإنه لمعتقه للمعتق الابن لأنه مات قبل تمام سبب الملك ، وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ، ولا يعلم مخالف إلا الحسن رحمه الله قال : لا يقبل في القتل إلا أربعة قياساً على الزنا . وإذا شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له لا لتكذيب الشهود العبدول بل لأن إنكاره توبة ورجوع ، وقتل المرتد مطلقاً إلى الإمام عند عامة أهل العلم إلا عند الشافعي في وجه في العبد إلى سيده . ومن أصاب حداً ثم ارتد ثم أسلم إن لم يلحق بدار الحرب أقيم عليه الحد ، وإن لحق ثم عاد لا يقيم عليه . وعند الشافعي وأحمد يقام مطلقاً والمبني ظاهر ، وقدمنا أنه لا تقبل توبة الساحر والزنديق في ظاهر المذهب وهو من لا يتدين بدين ، وأما من يطقن الكفر ويظهر الإسلام فهو المنافق ، ويجب أن يكون حكمه في عدم قبولنا توبته كالزنديق ، لأن ذلك في الزنديق لعدم الاطمئنان إلى ما يظهر من التوبة إذا كان يخفي كفره الذي هو عدم اعتقاده ديناً ، والمنافق مثله في الإخفاء وعلى هذا فطريق العلم بحاله إما بأن يعثر بعض الناس عليه أو يسره إلى من أقر إليه . والحق أن الذي يقتل ولا تقبل

المرتد حتى ومشار إليه في المبسوط . ثم قال : وأولى ما يعلل به في عدم قتل الصبي المرتد ما ذكرناه من تعليل المبسوط وهو قوله وإنما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء رحيم الله في صحة إسلامه في الصغر ، والله تعالى أعلم .

باب البغاة

توبته هو المنافق ، فالزنديق إن كان حكمه كذلك فيجب أن يكون مبطناً بكفره الذي هو عدم التدين يدين ويظهر تدينه بالإسلام أو غيره إلى أن ظفرنا به وهو عربى ، وإلا فلو فرضناه مظهرًا لذلك حتى تاب يجب أن لا يقتل ، وتقبل توبته بكسائر الكفار المظهرين لكفرهم إذا أظهروا التوبة ، وكذا من علم أنه ينكر في الباطن بعض الضروريات كحرمية الخمر ويظهر اعتراف حرمته . وقال أصحابنا : للسحر حقيقة وتأثير في إيلاام الأجسام خلافاً لمن منع ذلك وقال إنما هو تخييل . وتعليم السحر حرام بلا خلاف بين أهل العلم ، واعتقاد إباحته كفر . وعن أصحابنا ومالك وأحمد يكفر الساحر بتعليمه وفعله ، وبواء اعتقد تحريمه أولاً ويقتل . وقد روى عن عمر وعثمان وابن عمر وكذلك عن جندب بن عبد الله وحبيب بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز فإنهم قتلوه بدون الاستتابة ، وفيه حديث مرفوع رواه الشيخ أبو بكر الرازى في أحكام القرآن : حدثنا ابن قانع : حدثنا بشر بن موسى : حدثنا ابن الأصبهاني : حدثنا أبو معاوية عن إسماعيل بن مسلم عن الحسن عن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « حد الساحر ضربه بالسيف » انتهى ، يعنى القتل . قال : وقصة جندب في قتله الساحر بالكوفة عن الوليد بن عتبة مشهورة . وعند الشافعى لا يقتل ولا يكفر إلا إذا اعتقد إباحته . وأما الكاهن فليل هو الساحر ، وقيل هو العراف وهو الذى يحدث ويتخرص . وقيل هو الذى له من الجن من يأتيه بالأخبار . قال أصحابنا : إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر ، وإن اعتقد أنه تخييل لم يكفر . وعند الشافعى إن اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب وأنها تفعل ما يلتمسه كفر . وعند أحمد حكمه حكم الساحر . في رواية يقتل لقول عمر رضى الله عنه : اقتلوا كل ساحر وكاهن . وفي رواية : إن تاب لم يقتل ، ويجب أن لا يعدل عن مذهب الشافعى في كفر الساحر والعراف وعلمه . وأما قتله فيجب ولا يستتاب إذا عرف مزاولته لعمل السحر لسعيه بالفساد في الأرض لا بمجرد عمله إذا لم يكن في اعتقاده ما يوجب كفره ، وإذا طلب المرتدون المودة لا يجيبهم إلى ذلك .

(باب البغاة)

قدّم أحكام قتال الكفار ثم أعقبه بقتال المسلمين ، والوجه ظاهر . والبغاة جمع باغ ، وهذا الوزن مطرد في كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة . والبنى في اللغة : الطلب ، بغيت كذا : أى طلبته ، قال تعالى حكاية ذلك - ما كنا نبغى - ثم اشتهر في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم . والباغى في عرف الفقهاء : الخارج عن طاعة إمام الحق . والخارجون عن طاعته أربعة أصناف : أحدها الخارجون بلا تأويل بمنعة وبلا منعة يأخذون أموال الناس ويقتلونهم ويخيفون الطريق وهم قطاع الطريق . والثاني قوم كذلك إلا أنهم لا منعة لهم

(باب البغاة)

آخر هذا الباب عن باب المرتد لقلة وجوده ، والبغاة جمع باغ كالفقضاء جمع قاض :

(باب البغاة)

(قوله آخر هذا الباب الخ) أقول ويجوز أن يقال يجرى مباحث البغاة من مباحث المرتد يجرى المركب من المفرد لاشتراط الاجتماع في البغى دون الارتداد . وأيضاً المرتد كافر ، وكتاب السير في بيان الجهاد مع الكفار بخلاف الباغى فإنه مسلم فليقتل .

لكن لم تأويل ، فحكمهم حكم قطاع الطريق ، إن قتلوا قتلوا وصلبوا ، وإن أخذوا مال المسلمين قطعت أيديهم وأرجلهم على ما عرف . والثالث قوم لهم منعة وحمة خرجوا عليه بتأويل يرون أنه على باطل كفر أو معصية يوجب قتاله بتأويلهم ، وهؤلاء يسمون بالخوارج يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . وحكمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور أهل الحديث حكم البغاة . وعند مالك يستتابون ، فإن تابوا وإلا قتلوا دفعا لنفاسدهم لا لكفرهم . وذهب بعض أهل الحديث إلى أنهم مرتدون لهم حكم المرتدين لقوله صلى الله عليه وسلم « يخرج قوم في آخر الزمان أحداث الأسنان سفهاء الأحلام يقولون من خير قول البرية يقرءون القرآن لا يجاوز جنازهم يرقون من الدين كما يرق السهم من الرمية ، فأينا لقيتهم فاقتلهم ، فإن قتلهم أجرا لمن قتلهم يوم القيامة » رواه البخاري . وعن أبي أمامة أنه رأى وعوسا منصوبة على درج مسجد دمشق فقال : كلاب أهل النار كلاب أهل النار ، وقد كان هؤلاء مسلمين فصاورا كفارا . قيل يا أبا أمامة هذا شيء تقولونه ؟ قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم . قال ابن المنذر : ولا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم ، وهذا يقتضي نقل إجماع الفقهاء . وذكر في المحيط أن بعض الفقهاء لا يكفر أحدا من أهل البدع ، وبعضهم يكفرون بعض أهل البدع وهو من خالف بيده دليلا قطعيا ونسبه إلى أكثر أهل السنة ، والنقل الأول أثبت ، نعم يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ، ولا عبرة بغير الفقهاء ، والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا ، وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين ، وما ذكره محمد بن الحسن في أول الباب من حديث كثير الحضرمي يدل على عدم تكفير الخوارج ، وهو قول الحضرمي : دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كندة ، فإذا نفر خمسة يشتمون عليا رضي الله عنه وفيهم رجل عليه برنس يقول : أعاهد الله لأقتله ، فتعلقت به وتفرقت أصحابه عنه ، فأثبت به عليا رضي الله عنه فقلت : إني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك ، فقال : ادن ويحك من أنت ؟ فقال : أنا سوار المنقري ، فقال علي رضي الله عنه : خل عنه ، فقلت أخلى عنه وقد عاهد الله ليقتلنك ؟ قال : أفأقتله ولم يقتلني ؟ قلت : فإنه قد شتمك ، قال : فاشتمه إن شئت أو دعه . ففي هذا دليل على أن ما لم يكن للخارجين منعة لا تقتلهم ، وأنهم ليسوا كفارا لا بشتم على ولا بقتله . قيل إلا إذا استحله ، فإن من استحل قتل مسلم فهو كافر ، ولا بد من تقييده بأن لا يكون القتل بغير حق أو عن تأويل واجتهاد يؤديه إلى الحكم بحله ، بخلاف المستحل بلا تأويل وإلا لزم تكفيرهم ، لأن الخوارج يستحلون القتل بتأويلهم الباطل ، وما يدل على عدم تكفيرهم ما ذكره محمد أيضا حيث قال : وبلغنا عن علي رضي الله عنه أنه بينما هو يخطب يوم الجمعة إذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد ، فقال علي رضي الله عنه : كلمة حق أريد بها باطل ، لن نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ، ولن نمنعكم أيديكم مع أيدينا ، وإن قاتلكم حتى تقتلونا ، ثم أخذ في خطبته . ومعنى قوله حكمت الخوارج نداؤهم بقولهم الحكم لله ، وكانوا يتكلمون بذلك إذا أخذ علي في الخطبة ليشوشوا خاطره ، فإنهم كانوا يقصدون بذلك نسبته إلى الكفر لرضاه بالتحكيم في صفين ، ولهذا قل علي رضي الله عنه : كلمة حق أريد بها باطل : يعني تكفيره . وفيه دليل أن الخوارج إذا قاتلوا الكفار مع أدل العدل يستحقون من الغنيمة مثل ما يستحقه غيرهم من المسلمين ، وأنه لا يعزّر بالتمريض بالشتم لأن نسبته إلى الكفر شتم رخصا به ولم يصرحوا . والرابع قوم مسلمون خرجوا على إمام العدل

(وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم) لأن عليا فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ، ولأنه أهون الأمرين . وأهل الشرّ يندفع به فيبدأ به

ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم وهم البغاة (قوله وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة إمام) الناس به في أمان والطرق آمنة (دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم) التي أوجبت خروجهم (لأن عليا رضى الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء) قبل قتالهم . وليس ذلك واجبا بل مستحب لأنهم كنز بائعهم الدعوة لاتباع دعوتهم ثانيا وتمتجب . وحروراء : اسم قرية من قرى الكوفة ، وفيه المد والقصر ، ومنه قول عائشة رضى الله عنها لمعاذة أحرورية أنت ؟ أسند النسائي في سننه الكبرى في خصائص عليّ إلى ابن عباس رضى الله عنهم قال : لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة آلاف . فقلت لعليّ : يا أمير المؤمنين أبرد بالصلاة لعلّي أكلّم هؤلاء القوم . قال : إني أخافهم عليك . قلت كلا . فليست ثيابي ومضيت إليهم حتى دخلت عليهم في دار وهم مجتمعون فيها ، فقالوا : مرحبا بك يا ابن عباس ما جاء بك ؟ قلت : أتيتكم من عند أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم المهاجرين والأنصار ، من عند ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وصهره ، وعليهم نزل القرآن وهم أعرف بتأويله منكم وليس فيكم منهم أحد ، جئت لأبلغكم ما يقولون وأبلغهم ما تقولون . فأتيتهم لي نفر منهم ، قلت : هاتوا ما تقدمتم على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمه وخنته وأول من آمن به . قالوا : ثلاث . قلت : ما هي ؟ قالوا : إحداهن أنه حكم الرجال في دين الله . وقد قال تعالى - إن الحكم إلا لله - قلت : هذه واحدة . قالوا : وأما الثانية فإنه قاتل ولم يسب ولم يغتم ، فإن كانوا كفارا فقد حلت لنا نسائهم وأموالهم . وإن كانوا مؤمنين فقد حرمت علينا دماؤهم . قلت هذه أخرى . قالوا : وأما الثالثة : فإنه محاسب نفسه من أمير المؤمنين ، فإن لم يكن أمير المؤمنين فإنه يكون أمير الكافرين . قلت : هل عندكم شيء غير هذا ؟ قالوا : حسبنا هذا ، قلت لهم : رأيتم إن قرأت عليكم من كتاب الله وحديثكم من سنة نبيه صلى الله عليه وسلم ما يرد قولكم هذا ترجعون ؟ قالوا : اللهم نعم . قلت أما قولكم إنه حكم الرجال في دين الله فأنا أقرأ عليكم أن قد صير الله حكمه إلى الرجال في أرنب ثمنها ربيع درهم ، قال تعالى - لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم - إلى قوله - يحكم به ذوا عدل منكم - وقال في المرأة وزوجها - وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها - أنشدكم الله أحكم الرجال في حقن دمائهم وأنفسهم وإصلاح ذات بينهم أحق أم في أرنب ثمنها ربيع درهم ؟ قالوا اللهم بل في حقن دمائهم وإصلاح ذات بينهم . قلت : أخرجت من هذه ؟ قالوا : اللهم نعم . قلت : وأما قولكم إنه قاتل ولم يسب ولم يغتم أنسبون أمكم عائشة فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي أمكم ؟

(وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم) وذلك بطريق الاستحباب ، فإن أهل العدل لو قاتلوا من غير دعوة إلى العود لم يكن عليهم شيء لأنهم علموا ما يقتلون عليه ، فحالم في ذلك كحال المرتدين وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة (لأن عليا رضى الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء) بالخلاء المهمة ممدودا ومقصورا : قرية بالكوفة كان بها أول تحكيم الخوارج واجتماعهم بسبب تحكيم عليّ أبا موسى الأشعري رضى الله عنهما بينه وبين معاوية قائلين إن القتال واجب لقوله تعالى - فقاتلوا التي تبغى - الآية . وعلى ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى - ومن لم يحكم بما أنزل الله - فأولئك هم الكافرون - وذلك أنه رضى الله عنه أنفذ ابن عباس ليكشف شبهتهم ويدعوهم إلى العود ، فلما ذكروا شبهتهم قال ابن عباس رضى الله

(قوله وذلك بطريق الاستحباب) أقول : أشار بقوله ذلك إلى قوله دعاهم إلى العود .

(ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه ، فإن يبدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم) قال العبد الضعيف : هكذا ذكره القدوري في مختصره . وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا . وقال الشافعي : لا يجوز حتى يبدؤوا بالقتال حقيقة لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعا وهم مسلمون ، بخلاف الكافر لأن نفس الكفر مبيح عنده . ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع ، وهذا لأنه لو انتظر الإمام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم .

لئن فعلتم لقيد كفرتم ، فإن قلتم ليست أمتنا فقد كفرتم ، قال الله تعالى - النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم - فأنتم بين ضلالتين ، فأتوا منها بمنخوج ، أخرجت من هذه الأخرى ؟ قالوا : اللهم نعم ، قلت : وأبا قولكم إنه محاسب نفسه من أمير المؤمنين فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشا يوم الحديبية على أن يكتب بينه وبينهم كتابا فقال : اكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله ، فقالوا : والله لو كنا نعلم أنك رسول الله ما صدناك عن البيت ولا قاتلناك ، ولكن اكتب محمد بن عبد الله ، فقال : والله إنى لرسول الله وإن كذبتموني ، يا علي اكتب محمد بن عبد الله ، فرسول الله صلى الله عليه وسلم خير من علي وقد محبا نفسه ولم يكن يحبه ذلك محوا من النبوة . أخرجت من هذه الأخرى ؟ قالوا : اللهم نعم : فرجع منهم ألفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم قتلهم المهاجرون والأنصار . وروى الحاكم أن عبد الله بن شداد استحكته عائشة عن الذين قتلهم على فقال : لما كان حرب معاوية وحكم الحكيم خرج عليه ثمانية آلاف من قراء الناس فنزلوا بأرض يقال لها حروراء من جانب الكوفة ، إلى أن قال : بعث علي إليهم عبد الله بن عباس فخرجت معه ، حتى إذا توسطنا عسكرهم قام ابن الكوا مطليا فقال : يا حمله القرآن هذا عبد الله بن عباس ، فمن لم يكن يعرفه فأنا أعرفه من كتاب الله ما يعرفه به ، هذا من نزل فيه وفي قومه - بل هم قوم خصمون - فردوه إلى صاحبه ولا تواضعوه كتاب الله ، فقام خطباؤهم وقالوا والله لنواضعه ، فواضعهم عبد الله بن عباس الكتاب وواضعوه ثلاثة أيام ، فرجع منهم أربعة آلاف فيهم ابن الكوا حتى أدخلهم الكوفة على علي إلى آخر الحديث . وقال : على شرط البخاري ومسلم (قوله ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه هكذا ذكره القدوري) وهو عين ما قدمناه من قول علي رضي الله عنه ، ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا (وذكر الإمام الأجل المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا ، وقال الشافعي : لا يجوز حتى يبدؤوا حقيقة) وهو قول مالك وأحمد وأكثر أهل العلم (لأن قتل المسلم لا يجوز إلا دفعا وهم) أي البغاة (مسلمون) لقوله تعالى - وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما - ثم قال - فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله - ونحن أدركنا الحكم وهو حل القتال على دليل قتالهم (ذلك هو الاجتماع) على قصد القتال (والامتناع ، لأنه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع) لتقوى شوكتهم وتكثر جمعهم خصوصا والفتنة يسرع إليها أهل الفساد وهم الأكثر ، والكفر ما أباح القتال إلا للحراية والبغاة كذلك ، ويجب على كل من أطاق الدفع أن يقاتل مع الإمام إلا أن أبدوا ما يجوز لهم القتال كأن ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلما لاشبهة فيه ، بل يجب أن يعينهم حتى ينصفهم ويرجع عن جورهم ، بخلاف ما إذا كان الحال مشتبه أنه ظلم مثل

عنها : هذه الحادثة ليست بأذى من بيض حام ، وفيه التحكيم بقوله تعالى - يحكم به ذوا عدل منكم - فكان تحكيم علي رضي الله عنه موافقا للنص فالزمهم الحجة ، فتاب البعض وأصر البعض ، وكلامه واضح .

(قوله وفيه التحكيم بقوله تعالى - يحكم به ذوا عدل منكم -) أقول : هذه الآية في سورة المائدة ، ثم أقول : ظاهر هذا الكلام لا ينفخ شبهتهم على ما قررها ، فإنه يدل على جواز التحكيم في الجملة لا على جواز ترك المسأورة بالتحكيم فليتأمل . وستعرف بعد أسطر أن الأمر في قوله تعالى - فقاتلوا - للوجوب .

وإذا بلغه أنهم يشتركون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الإمكان . والمروى عن أبي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الإمام ، أما إعانة الإمام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة (فإن كانت لهم فئة أجهز على جريحهم وأتبع مولاهم) دفعا لشرهم كي لا يلاحقوا بهم (وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع مولاهم) لاندفاع الشر عنه . وقال الشافعي : لا يجوز ذلك في الحالين ، لأن القتال إذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا .

تحميل بعض الجبايات التي للإمام أخذها وإلحاق الضرر بها لدفع ضرر أعم منه ، ويجوز قتالهم بكل ما يقاتل به أهل الحرب من المنجنيق وإرسال الماء والنار . وخواهر زاده معناه ابن الأخت ، وكان ابن أخت القاضي الإمام أبي ثابت قاضي سمرقند واسم خواهر زاده محمد ، وكنيته أبو بكر ، واسم أبيه حسين التجارى وهو معاصر لشمس الأئمة السرخسى وموافق له في اسمه وكنيته ، لأن شمس الأئمة اسمه محمد وكنيته أبو بكر بن أبي سهل ، وتوفى كل منهما في العام الذي توفى فيه الآخر وهو عام ثمان وثمانين وأربعمائة . وفخر الإسلام أيضا معاصر لهما وتوفى في سنة إحدى وثمانين وأربعمائة (فإذا بلغه أنهم يشتركون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الإمكان . والمروى عن أبي حنيفة رحمه الله) من قوله : الفتنة إذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله صلى الله عليه وسلم « من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار » وقال لواحد من الصحابة : « كن حلسا من أحلاس بيتك » رواه عنه الحسن بن زياد (فمحمول على ما إذا لم يكن لهم إمام) وما روى عن جماعة من الصحابة أنهم قعدوا في الفتنة محمول على أنه لم يكن لهم قدرة ولا غناء ، وربما كان بعضهم في تردد من حل القتال . كما روى عن بعضهم أنه أتى عليا رضي الله عنه يطلب عطاءه من بيت المال فنعه على رضي الله عنه وقال له : أين كنت يوم صفين ؟ فقال : ابغني سيفا أعرف به الحق من الباطل ، فقال له : ما قال الله هذا ، وإنما قال - فقاتلوا التي تبغى حتى تنفي إلى أمر الله - وما روى « إذا اتقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار » فمحمول على اقتناهما حمية وعصبية كما يتفق بين أهل قريتين ومخلفين أو لأجل الدنيا والمملكة . قال الذهبي : صح عن أبي وائل عن أبي مسرة عمرو بن شرحبيل قال : رأيت كأن قبايا في رياض ، فقلت لمن هذه ؟ فقالوا لذي الكلاع وأصحابه ، ورأيت قبايا في رياض فقلت لمن هذه ؟ فقلت : لعمار بن ياسر وأصحابه ، قلت : وكيف وقد قتل بعضهم بعضا ، قال : إنهم وجدوا الله واسع المغفرة انتهى ، وهذا لأن قتالهم عن اجتهاد (قوله فإن كان لهم فئة أجهز على جريحهم) أى يسرع في إمامته (وأتبع مولاهم) على البناء للمفعول فيهما للقتل والأسر (دفعا لشرهم كي لا يلتحقا) أى الجريح والمولى (بهم) أى بالفتنة على معنى القوم (وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع مولاهم لاندفاع الشر بدون ذلك) وهو المطلوب (وقال الشافعي) وأحمد أيضا (لا يجوز ذلك) أى الإجهاد والاتباع (في الحالين) حالتي الفتنة وعدمها (لأن القتال إذا تركوه) بالتولية والجراحة المعجزة عنه (لم يبق قتلهم دفعا) ولا يجوز قتلهم إلا دفعا لشرهم ، ولما روى

وقوله (والمروى عن أبي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت) يريد به ما روى الحسن عن أبي حنيفة أن الفتنة إذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله عليه الصلاة والسلام « من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار » (محمول على حال عدم الإمام) أما إذا كان المسلمون مجتمعين على إمام وكانوا آمنين به والسبل آمنة فخرج عليه طائفة من المؤمنين فحيثما يجب على كل من يقوى على القتال أن يقاتلهم نصرًا لإمام المسلمين لقوله تعالى - فقاتلوا التي تبغى - فإن الأمر للوجوب ، وقوله (أجهز وأتبع) على بناء المفعول ،

وجوابه ماذكرناه أن المعتبر دليله لاحتقيقته (ولا يسبي لهم ذرية ولا يقسم لهم مال) لقول علي يوم الجمل : ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال ، وهو القدوة في هذا الباب . وقوله في الأسير تأويله إذا لم يكن لهم فئة ، فإن كانت يقتل الإمام الأسير وإن شاء حبسه لما ذكرنا ، ولأنهم مسلمون والإسلام يعصم النفس والمال (ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاخهم إن احتاج المسلمون إليه) وقال الشافعي : لا يجوز ، والكراع على هذا الخلاف . له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه . ولنا أن عليا قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة

ابن أبي شيبة عن عبد خير عن علي رضي الله عنه أنه قال يوم الجمل : لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ، ومن أتى سلاحه فهو آمن . وأسند أيضا ولا يقتل أسيرا (وجوابه ماذكرناه أن المعتبر) في جواز القتل (دليل قتالهم لاحتقيقته) ولأن قتل من ذكرناه إذا كان له فئة لا يخرج عن كونه دفعا لأنه يتحيز إلى الفئة ويعود شره كما كان ، وأصحاب الجمل لم يكن لهم فئة أخرى سواهم (قوله ولا تسبي لهم ذرية) إذا ظهر عليهم (ولا يقسم لهم مال) بين المقاتلة (لقول علي) رضي الله عنه فيما روى ابن أبي شيبة أن عليا لما هزم طلحة وأصحابه أمر مناديه فنادى أن لا يقتل مقبل ولا مدبر : يعني بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال . وروى عبد الرزاق نحوه ، وزاد : وكان علي رضي الله عنه لا يأخذ مال المقتول ويقول : من اعترف شيئا فليأخذه . وفي تاريخ واسط بإسناده عن علي أنه قال يوم الجمل : لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ولا تقتلوا أسيرا ، وإياكم والنساء وإن شتمن أعراضكم وسبين أمراءكم ، ولقد رأيتنا في الجاهلية وإن الرجل ليتناول المرأة بالجريدة أو بالهراوة فيعير بها هو وعقبه من بعده . هذا وفي حديث مرفوع رواه الحاكم في المستدرک والبخاري في مسنده من حديث كوثربن حكيم عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « هل تدري يا ابن أم عبد كيف حكم الله فيمن بقي من هذه الأمة ؟ قال : الله ورسوله أعلم : قال : لا يجهز على جريحها ولا يقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيوها » وأعله البخاري بكوثربن حكيم وبه تعقب الذهبي على الحاكم . قال محمد : وبلغنا أن عليا رضي الله عنه أتى ما أصاب من عسكر أهل الثروان في الرحبة ، فن عرف شيئا أخذته حتى كان آخره قدر خديد لإنسان فأخذه (وقول علي رضي الله عنه في الأسير تأويله إذا لم تكن له فئة فإن كانت فالإمام بالخيار إن شاء قتل الأسير) وإن كان عبدا يقاتل (وإن شاء حبسه) والعبد الذي لا يقاتل بل يخدم مولاه يحبس (لما ذكرناه) من دفعه الشر بقدر الإمكان ، وفيه خلاف الأئمة الثلاثة ، ومعنى هذا الخيال أن يحكم نظره فيها هو أحسن الأمرين في كسر الشوكة من قتله وحبسه ، ويختلف ذلك بحسب الحال لا بهوى النفس والتشفي ، وإذا أخذت المرأة من أهل البني وكانت تقاتل حبست ولا تقتل إلا في حال مقاتلتها دفعا ، وإنما تحبس للنمصية ولمنعها من الشر والفتن (قوله ولا بأس أن يقاتلوا بسلاخهم إن احتاج أهل العدل إليه) وكذا الكراع يقاتلون عليه (وقال الشافعي : لا يجوز) استعمالها في القتال وترد عليهم عند الأمن منهم ولا ترد قبله (لأنه مال مسلم فلا يجوز ذلك إلا برضاه . ولنا أن عليا الخ) يريد ما روى ابن أبي شيبة في آخر مصنفه في باب وقعة الجمل بسنده إلى ابن الحنفية أن عليا رضي الله عنه قسم يوم الجمل

ويقال أجهزت على الجريح إذا أسرعت قتله وتممت عليه (قوله ولا يقتل أسير) هو مقول علي رضي الله عنه (ولا يكشف ستر) أي لا تسبي نسائهم ؛ ألا ترى أن أصحاب علي رضي الله عنه سألوه قسمة ذلك فقال : فإذا قسمت فلن تكون عائشة رضي الله عنها . والقدوة اسم للاقتداء كالأسوة اسم للاتساع ، يقال فلان قدوة : أي يقتدى به (قوله لما ذكرناه) إشارة ، إلى قوله ويحبسهم إلى قوله دفعا للشر (قوله ولأنهم مسلمون) معطوف على

وكانت قسمته للحاجة لا التملك ، ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ، ففي مال الباغي أولى والمعنى فيه إلحاق الضرر الأدنى لدفع الأعلى (ويحبس الإمام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) أما عدم القسمة فلما بيناه : وأما الحبس فللدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يجبرها عنهم وإن كان لا يحتاج إليها ، إلا أنه يبيع الكراع لأن حبس الثمن أنظر وأيسر . وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها . قال (وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذها الإمام ثانياً) لأن ولاية الأخذ له باعتبار الحماية ولم يحممهم (فإن كانوا صرفوه في حقه أجزاً من أخذ منه) لوصول الحق إلى مستحقه (وإن لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك) لأنه لم يصل إلى مستحقه : قال العبد الضعيف : قالوا الإعادة عليهم في الخراج لأنهم مقاتلة فكانوا مصارف وإن كانوا أغنياء ، وفي العشر إن كانوا فقراء ، فكذاك لأنه حق الفقراء وقد بيناه في الزكاة . وفي المستقبل يأخذها الإمام لأنه يحممهم فيه لظهور ولايته (ومن قتل رجلاً وهما من عسكر أهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليهم شيء لأنه لا ولاية للإمام

في العسكر ما أجبافوا عليه من كراع وسلاح . قال المصنف (وكانت قسمته للحاجة لا التملك) وأولاً أن فيه إجماعاً لأمكن التمسك ببعض الظواهر في تملكه ، فإن ابن أبي شيبة أسند عن أبي البخري : لما انهزم أهل الجمل قال علي رضي الله عنه : لا تطالبوا من كان خارجاً من العسكر ، وما كان من دابة أو سلاح فهو لكم ، وليس لكم أم ولد ، وأنى امرأة قتل زوجها فلتعتد أربعة أشهر وعشراً ، فقالوا : يا أمير المؤمنين نحل لنا دماؤهم ولا نحل لنا نسائهم ؟ فخاصموه ، فقال : هاتوا نسائكم وأقرعوا على عائشة فهي رأس الأمر وقائدهم : قال : فخصمهم على رضي الله عنه وعرفوا وقالوا : نستغفر الله . قال المصنف (ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل) أي يستعين بكرامته وسلاحه عند حاجة المسلمين إليه (ففي مال الباغي أولى . والمعنى) يجوز (فيه أنه دفع الضرر الأعلى) وهو الضرر المتوقع لعامة المسلمين (بالضرر الأدنى) وهو إضرار بعضهم (ويحبس الإمام أموالهم) لدفع شرهم وإضعافهم بذلك (ولا يردها إليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) أو على ورثتهم إذا ظهر ذلك ، وإذا حبسها كان بيع الكراع أولى (لأن حبس الثمن أنظر) ولا ينفي عليه من بيت المال ليتوفر مؤنتها عليه ، وهذا إذا لم يكن للإمام بها حاجة (قوله وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لا يأخذها الإمام ثانياً) إذا ظهر على البغاة (لأن ولاية الأخذ) إنما كانت (له لحمايته إياهم ولم يحممهم) وما قيل إن علياً رضي الله عنه لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبهوه فيه نظر لأن الخوارج لا تعلم أنهم غلبوا على بلدة فأخذوا جباياتها . قالوا : وكان ابن عمر إذا أتاه ساعى الحرور دفع إليه زكاته ، وكذا سلمة بن الأكوع ، ثم (إن كانوا صرفوه إلى حقه) أي إلى مصارفه (أجزاً من أخذ منه) ولا إعادة عليه (لوصول الحق إلى مستحقه ، وإن لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى من أخذ منهم أن يعيدوا الأداء فيما بينهم وبين الله تعالى) قال المصنف رحمه الله (قالوا) أي المشايخ (لا إعادة على الأرباب في الخراج لأنهم) أي البغاة (مقاتلة) وهم مصرف الخراج (وإن كانوا أغنياء ، وفي العشر إن كانوا فقراء فكذاك) وإن كانوا أغنياء أفتوا بالإعادة ، وكذا في زكاة الأموال كلها لو أخذوها وتقدم ذلك ، والمندفع مصادرة إذا نوى الدافع التصديق عليهم في كتاب الزكاة فارجع إليه (قوله ومن قتل رجلاً إلى آخره) يعني إذا قوله لقول علي رضي الله عنه . وقوله (أما عدم القسمة فلما بيناه) إشارة إلى قول علي : ولا يؤخذ مال ، وقوله

قال المصنف (ويحبس الإمام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا) أقول : قوله ولا يقسمها تكرر محض مع أنه يوم ذكره هاتين من أول الأمر أن يكون حتى يتوبوا غاية له ، وليس كذلك بل قوله حتى يتوبوا غاية لقوله ويحبس فلا يردها كما يدل عليه قوله فيردها .

العدل حين القتل فلم يتعقد موجبا كالقتل في دار الحرب (وإن غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلا من أهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فإنه يقتص منه) وتأويله إذا لم يجر على أهله أحكامهم وأزعجوا قبل ذلك ، وفي ذلك لم تنقطع ولاية الإمام فيجب القصاص (وإذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فإنه يرثه ، فإن قتله الباغي وقال قد كنت على حق وأنا الآن على حق ورثه ، وإن قال قتله وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال أبو يوسف : لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي . وأصله أن العادل إذا أتلّف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم لأنه مأمور بقتلهم دفعا لشرهم ، والباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم . وقال الشافعي رحمه الله في القديم : إنه يجب ، وعلى هذا الخلاف إذا تاب المرتد وقد أتلّف نفسا أو مالا . له أنه أتلّف مالا معصوما أو قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة . ولنا إجماع الصحابة ، رواه الزهري .

كان رجلا من أهل البغي قتل أحدهما الآخر لا يجب على القاتل دية ، ولا قصاص إذا ظهرنا عليهم لأنه قتل نفسا يباح قتلها ؛ ألا ترى أن العادل إذا قتله لا يجب عليه شيء فلما كان مباح القتل لم يجب به شيء ، ولأن القصاص لا يستوفى إلا بالولاية وهي بالمنعة ولا ولاية لإمامنا عليهم فلا يجب شيء وصار (كالقتل في دار الحرب) وعند الأئمة الثلاثة يقتل به لأن عندهم كل موضع يجب فيه العبادات في أوقاتها فهو كدار العدل وتقدم الكلام فيه (قوله وإن غلبوا على مصر) من أمصار أهل العدل (فقتل رجل من أهل المصر رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا على ذلك المصر فإنه يقتص منه) ومعنى المسئلة كما قال فخر الإسلام أنهم غلبوا ولم يجر فيها حكمهم بعد حتى أزعجهم إمام العدل عن أهل المصر : أي أخرجهم قبل تقرر حكمهم لأنه حينئذ لم تنقطع ولاية الإمام فوجب القود ، أما لو جرت أحكامهم حتى صارت في حكم محل ولايتهم فلا قود ولا قصاص ولكن يستحق عذاب الآخرة (قوله وإذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فإنه يرثه) بالاتفاق لأنه مأمور بقتله فلا يحرم الميراث به (وإن قتل الباغي) العادل (وقال : كنت على الحق وأنا الآن على الحق ورثه ، وإن قال قتله وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه . وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا يرث الباغي) العادل (في الوجهين وهو قول الشافعي . وأصله) أي أصل هذا الخلاف انخلاف في (أن العادل إذا أتلّف نفس الباغي أو ماله لا يضمن) عندنا (ولا يأثم لأنه مأمور بقتلهم دفعا لشرهم وهذا بالاتفاق) والباغي إذا قتل العادل (بعد قيام منعتهم وشوكتهم) لا يجب الضمان (عليه) عندنا (وبه قال أحمد والشافعي في قوله الجديد ، ولو قتله قبل ذلك اقتص منه اتفاقا وكذا يضمنون المال) (وقال الشافعي في القديم يضمن) وبه قال مالك لأنها نفوس وأموال معصومة فتضمن بالإتلاف ظلما وعدوانا (وعلى هذا الخلاف لو تاب المرتد وقد أتلّف نفسا أو مالا . ولنا أنه) إتلاف ممن لم يعتد وجوب الضمان في حال عدم ولاية الإلزام عليه فلا يؤخذ به قياسا على أهل الحرب . والحاصل أن نبي الضمان منوط بالمنعة مع التأويل ، فلو تجرد المنعة عن التأويل كقوم غلبوا على أهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الأموال بلا تأويل ثم ظهر عليهم أخذوا بجميع ذلك ، ولو انفرد التأويل عن المنعة بأن انفرد واحد أو اثنان فقتلوا وأخذوا عن تأويل ضمنوا إذا تابوا أو قدر عليهم ، والدليل على ما ذكرناه (إجماع الصحابة رواه الزهري) قال عبد الرزاق في مصنفه : أنبأنا معمر ، أخبرني الزهري ،

لأنهم مسلمون . قوله (وأزعجوا) يعني ألقع أهل البغي من المصر (قبل ذلك) أي قبل إجراء أحكامهم على أهله . وقوله (في الوجهين) أي في الوجه الذي قال أنا على الحق وفي الوجه الذي قال أنا على الباطل . وقوله (رواه الزهري) قال الزهري : وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين ، فاتفقوا على أن

ولأنه أتلف عن تأويل فاسد والفساد منه ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنفعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم، وهذا لأن الأحكام لا بد فيها من الإلزام أو الائتزام ولا التزام لا اعتقاد الإباحة عن تأويل، ولا إلزام لعدم الولاية لوجود المنعة، والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام باعتقاد، بخلاف الإثم لأنه لا منعة في حق الشارع إذا ثبت هذا فنقول: قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الإرث. ولأن يوسف رحمه الله في قتل الباغي العادل أن التأويل الفاسد إنما يعتبر في حق الدفع والحاجة هاهنا إلى استحقاق الإرث فلا يكون التأويل معتبرا في حق الإرث. ولهما فيه أن الحاجة إلى دفع الحرمان أيضا، إذ القرابة سبب الإرث فيعتبر الفساد فيه، إلا أن من شرطه بقاءه على ديانتها، فإذا قال: كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان. قال (ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم) لأنه إعانة على المعصية (وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس) لأن الغلبة في الأمصار لأهل الصلاح، وإنما يكره بيع نفس السلاح لبيع ما لا يقاتل به إلا بصنعة؛

أن سليمان بن هشام كتب إليه يسأله عن امرأة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحمت بالحرورية فزوّجت ثم إنهما رجعت إلى أهلها تائبين، قال: فكذب إليه: أما بعد، فإن الفتنة الأولى ثارت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجتمع رأيهم على أن لا يقيموا على أحد حدا في فرج استحلوه بتأويل القرآن ولا قصاصا في دم استحلوه بتأويل القرآن ولا برد مال استحلوه بتأويل القرآن، إلا أن يوجد شيء بعينه فردد على صاحبه، وإنى أرى أن ترد إلى زوجها وأن يحد من افتري عليها. قال المصنف (ولأنه أتلف عن تأويل فاسد والفساد من التأويل ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنفعة في حق الدافع) أي نفي الضمان وصار (كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم) ولا يخفى أن هذا الاعتبار وهو إلحاق الفساد من الاجتهاد الذي لم يسوغ حتى ضلل مرتكبه بالصحيح بشرط انضمام المنعة إليه، وتعليله بأنه عند انضمام المنعة تنقطع ولاية الإلزام فيلزم السقوط كله مستندا إلى الإجماع المنقول من الصحابة وإلا فلا يلزم من العجز عن الإلزام سقوطه شرعا، بل إنما يلزم سقوط الخطاب به مادام العجز عن إلزامه ثابتا، فإذا ثبت القدرة تعلق خطاب الإلزام كما يقوله الشافعي، لكن لما كان الإجماع المنقول في صورة مقيدة بما ذكرنا كان ذلك أصلا شرعيا ضرورة الإجماع المذكور، إذا عرفت هذا فيقول أبو يوسف: إلحاق التأويل الفاسد بالصحيح بقول الصحابة كان في دفع الضمان، والحاجة هنا إلى إثبات الاستحقاق فإلحاقه به بلا دليل، وهما يقولان المنتحق من الصحابة جعل تلك المنعة والاعتقاد دافعا ما لولاها لثبت لثبوت أسباب الثبوت ألا ترى أنه لولا تلك المنعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل عمدا، وإتلاف المال المعصوم فيتناول مانحن فيه، فإن القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث قائمة، والقتل بخير حق مانع وجد عن اعتقاد الحقيقة مع المنعة فنع مقتضاه من المنع فعمل السبب عمله من إثبات الميراث (قوله ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم لأنه إعانة على المعصية، وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرف من أهل الفتنة بأس، لأن الغلبة في الأمصار لأهل الصلاح، وإنما يكره بيع نفس السلاح) لأنه يقاتل بعينه (لا ما لا يقاتل به إلا بصنعة)

كل دم أريق بتأويل القرآن فهو موضوع، وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع، وكل مال أتلف بتأويل القرآن فهو موضوع. قوله (ولا التزام لا اعتقاد الإباحة) يعني أن الباغي اعتقد إباحة أموال العادل بأن العادل عصي الله ورسوله ولم يعمل بموجب الكتاب. وقوله (ولهما فيه) أي لأنني حنيفة ومحمد رضي الله عنهما في قتل الباغي العادل. وقوله (فيعتبر الفاسد) أي يعتبر التأويل الفاسد في دفع الحرمان. وقوله (لم يوجد الدافع) أي التأويل الدافع للضمان. وقوله (وليس ببيعه بالكوفة) تقييده بالكوفة باعتبار أن البغاة خرجوا فيها أولا وإلا فالحكم في غيرها كذلك. وقوله (إلا بالصنعة) به يريد الحديد، لأنه إنما يصير سلاحا بفعل غيره فلا ينسب إليه

ألا ترى أنه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب ، وعلى هذا الخبر مع العنب .

تحدث فيه ، ونظيره كراهة بيع المعازف لأن المعصية تقام بها عينا (ولا يكره بيع الخشب) المتخذة هي منه (وعلى هذا بيع الخمر) لا يصح ويصح بيع العنب . والفرق في ذلك كله ما ذكرنا . وقيل الفرق الصحيح أن الضرر هنا يرجع إلى العامة وهناك يرجع إلى الخاصة ، ذكره في الفوائد الظهيرية .

[فروع] إذا طلب أهل البغي المودعة أجيبوا إليها إذا كان خيرا للمسلمين ، لأن المسلمين قد يحتاجون إلى المودعة لحفظ قوتهم والاستزادة من التقوى عليهم ولا يؤخذ منهم عليها شيء لأنهم مسلمون ، ومثله في المرتدين إلا أنهم إذا أخذوا ملكوا ثم يجبرون على الإسلام ، وإذا تاب أهل البغي تقدم أنهم لا يضمنون ما أتلفوا . وفي المبسوط : روى عن محمد قال : أفتيهم بأن يضمنوا ما أتلفوا من النفوس والأموال ولا ألزمهم بذلك في الحكم . قال شمس الأئمة : وهذا صحيح لأنهم كانوا معتقدين الإسلام وقد ظهر لهم خطوئهم ، إلا أن ولاية الإلزام كانت منقطعة للمعصية فيفتوا به . ولو استعان أهل البغي بأهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد ، كما أن هذا الفعل من أهل البغي ليس نقضا للإيمان ، فالذين انضموا إليهم من أهل الذمة لم يخرجوا من أن يكونوا ملتزمين بحكم الإسلام في المعاملات وأن يكونوا من أهل الدار فجحمتهم حكم البغاة ، وإذا وقعت المودعة فأعطى كل فريق رهنا على أن أيهما غدر يقتل الآخرون الرهن فغدر أهل البغي وقتلوا الرهن لا يحل لأهل العدل قتل الرهن ، بل يحبسونه حتى يهلك أهل البغي أو يتوبوا لأنهم صاروا آمنين بالمودعة أو بإعطائنا الأمان لهم حين أخذناهم رهنا ، والغدر من غيرهم لا يؤاخذون به لكنهم يحبسون مخافة أن يرجعوا إلى فتنهم ، وكذا إذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار حبس رهنهم حتى يسلموا ، فإن أبوا جعلوا ذمة ووضع عليهم الجزية لأنهم حصلوا في أيدينا آمنين . وحكى أن المنصور كان ابتلى به مع أهل الموصل ، ثم لأنهم غدروا فقتلوا رهته ، فجمع العلماء يستشيرهم فقالوا : يقتلون كما شرطوا على أنفسهم وفيهم أبو حنيفة ساكت ، فقال له : ماتقول ؟ قال ليس لك ذلك ، فإنك شرطت لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لا يحل ، وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل - ولا تزروا زرة وزر أخرى - فأغلظ عليه القول وأمر بإخراجه من عنده وقال : مادعوتك لشيء إلا أتيتني بما أكره ، ثم جمعهم من الغد وقال : قد تبين لي أن الصواب ما قلت فإذا نصنع بهم . قال : سل العلماء ، فسألهم فقالوا لا علم لنا . قال أبو حنيفة : توضع عليهم الجزية ، قال : لم وهم لا يرضون بذلك . قال : لأنهم رضوا بالمقام في دارنا على التأييد ، والكافر إذا رضى بذلك توضع عليه الجزية ، فاستحسن قوله واعتذر عليه . وإذا أمن رجل من أهل العدل رجلا من أهل البغي جاز أمانه لأنه ليس أعلى شقا من الكافر ، وهناك يجوز فكذا هنا ، ولأنه قد يحتاج إلى مناظرته ليتوب ، ولا يتأتى ذلك ما لم يأمن كل من الآخر ، ومنه أن يقول : لا بأس عليك ولا يجوز أمان الذي إذا كان يقاتل مع أهل البغي ، ولو ظهر أهل البغي على بلد فولوا فيه قاضيا من أهله ليس من أهل البغي صح ، وعليه أن يقيم الحدود والحكم بين الناس بالعدل ، فإن كتب هذا القاضي كتابا إلى قاضي أهل العدل بحق لرجل من أهل مصره بشهادة من شهد

(ألا ترى أنه يكره بيع المعازف) قيل جمع معزف ضرب من الطنابير يتخذها أهل اليمن (ولا يكره بيع الخشب) لأنه إنما يصير معزفا بفعل غيره . قوله (وعلى هذا بيع الخمر مع العنب) أي لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع العنب ، والفرق لأن حنيفة رضى الله عنه بين كراهة بيع السلاح من أهل الفتنة وعدم كراهة بيع العصير ممن يتخذ خمرًا سيأتي في باب الكراهة إن شاء الله تعالى . والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب .

كتاب اللقيط

عنده ، إن كان القاضي يعرفهم وليسوا من أهل البغى أجازهم ، وإن كانوا من أهل البغى أو لا يعرفهم لا يعمل به لأن الغالب فيمن يسكن عندهم أنه منهم ، ولا يقبل قاضي أهل العدل كتاب قاضي أهل البغى لأنهم فسقة ، ويكره أخذ رءوسهم فيطاف بها في الآفاق لأنه مثله ، وجوزهم بعض المتأخرين إذا كان فيه طمأنينة قلوب أهل العدل أو كسر شوكتهم : ويكره للعادل قتل أبيه أو أخيه من أهل البغى ، بخلاف أخيه الكافر فإنه لا يكره لأنه اجمع في الباغي حرمتان : حرمة الإسلام ، وحرمة القرابة ، وفي الكافر حرمة القرابة فقط ، وإذا كان رجل من أهل العدل في صف أهل البغى فقتله رجل من أهل العدل لم يكن عليه فيه دية كما لو كان في صف أهل الحرب ، لأنه أهدر دمه حين وقف في صفهم . ولو دخل بابا بأمان فقتله عادل عليه الدية كما لو قتل المسلم مستأمنا في دارنا ، وهذا لبقاء شبهة الإباحة في دمه . وإذا حل العادل على الباغي فقال تبت وألقي السلاح كف عنه ، وكذا لو قال كف عني حتى أنظر لعل أتوب وألقي السلاح ، وما لم يلق السلاح في صورة من الصور كان له قتله ، ومتى ألقاه كف عنه ، بخلاف الحرب لا يلزمه الكف عنه بإلقائه السلاح . ولو غلب أهل البغى على بلد فقاتلهم آخرون من أهل البغى فأرادوا أن يسبوا ذراري أهل المدينة وجب على أهل البلد أن يقاتلوا دون ذراريهم لأنهم لا يسبون فوجب قتالهم : وإذا وادع أهل البغى قوما من أهل الحرب لا يحل لأهل العدل غزوهم لأنهم مسلمون ، وأمان المسلم إذا كان في منعة نافذة على جميع المسلمين ، فإن غدر بهم بالبغاة فسبوا لا يحل لأحد من أهل العدل أن يشتري منهم . ولو ظهر أهل البغى على أهل العدل فالحأوهم إلى دار الشرك لم يحل لهم أن يقاتلوا البغاة مع أهل الشرك لأن حكم أهل الشرك ظاهر عليهم ، ولا يحل لهم أن يستعينوا بأهل الشرك على أهل البغى إذا كان حكم أهل الشرك هو الظاهر ، ولا بأس بأن يستعين أهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج إذا كان حكم أهل العدل هو الظاهر لأنهم يقاتلون لإعزاز الدين ، والاستعانة عليهم يقوم منهم أو من أهل الذمة كالاستعانة عليهم بالكلاب ، وإذا ولي البغاة قاضيا في مكان غلبوا عليه ففضي ما شاء ثم ظهر أهل العدل فرفعت أقضيته إلى قاضي أهل العدل نفذ منها ما هو عدل ، وكذا ما قضاه برأى بعض المجتهدين لأن قضاء القاضي في المجتهدين نافذة وإن كان مخالفا لرأى قاضي العدل . ولو استعان البغاة بأهل الحرب فظهر عليهم سبينا أهل الحرب ولا تكون استعانة البغاة بهم أمانا منهم لهم حتى يلزمنا تأمينهم على ما قدمنا ، لأن المستأمن من يدخل دار الإسلام تاركا للحرب وهؤلاء ما دخلوا إلا ليقاتلوا المسلمين .

كتاب اللقيط

أعقب اللقيط واللقطة الجهاد لما فيه من كون النفوس والأموال تصير عرضة للقوات ، وقدم اللقيط على

كتاب اللقيط

لما كان في الالتقاط دفع الهلاك عن نفس الملتقط ذكره عقيب الجهاد الذي فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين . واللقيط : اسم لشيء منبوذ ، فعيل بمعنى مفعول كالجريح . وفي الشريعة اسم لحى مولود طرحه أهله

كتاب اللقيط

(قوله واللقيط اسم لشيء منبوذ الخ) أقول : لأن من حيث أنه منبوذ بل من حيث أنه سيلقط .

اللقيط سمي به باعتبار ما له لما أنه يلقط . والالتقاط مندوب إليه لما فيه من إحيائه ، وإن غلب على ظنه ضياعه فواجب : قال (اللقيط حر) لأن الأصل في بني آدم إنما هو الحرية ، وكذا الدار دار الأحرار ، ولأن الحكم للغالب (ونفقته في بيت المال) هو المروى عن عمر وعلي ،

اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق به مقدم على المتعلق بالمال . واللقيط لغة : ما يلقط : أى يرفع من الأرض ، فعيل بمعنى مفعول . سمي به الولد المطروح خوفا من العيلة أو من تهمة الزنا به باعتبار ما له إليه لأنه آيل إلى أن يلتقط في العادة كالقتيل في قوله صلى الله عليه وسلم « من قتل قتيلا فله ماله » (والالتقاط مندوب إليه لما فيه من إحياء نفس مسلمة) إذا لم يغلب على الظن ضياعه (فإن غلب على ظنه ضياعه كان واجبا) وقول الشافعي وباقي الأئمة الثلاثة فرض كفاية ، إلا إذا خاف هلاكه ففرض عين يحتاج إلى دليل الوجوب قبل الخوف : نعم إذا غلب على الظن ضياعه أو هلاكه فكما قالوا وهو المراد بالوجوب الذي ذكرناه لا الوجوب باصطلاحنا ، لأن هذا الحكم وهو إلزام التقاطه إذا خيف هلاكه مجمع عليه ، والثابت إلزامه بقطعي فرض (قوله اللقيط حر ولو كان الملتقط عبدا) أى في جميع أحكامه حتى يحذر قاذفه ، والجناية عليه كالجناية على الأحرار ، ولا يحذر قاذفه أنه لأنا لانعلم حريتها ، ولا يقام الحد مع احتمال السقوط ، وإنما حكم الشرع فيه بالحرية (لأن الأصل في بني آدم الحرية) لأنهم أولاد خيار المسلمين آدم وحواء ، وإنما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم ، فما لم يتيقن بالعارض لا يحكم به (وكذا الدار دار الأحرار ، ولأن الحكم للغالب) والغالب في جميع أقطار الدنيا الأحرار (قوله ونفقته في بيت المال) أى إذا لم يكن له مال ، وهذا بلا خلاف . وأصله مروي مالك في الموطأ عن سنين أبي جميلة رجل من بني سليم أنه وجد منبوا في زمن عمر بن الخطاب قال : فجننت به إلى عمر فقال : ماحلك على أخذ هذه النسمة ؟ فقال : وجدها ضائعة فأخذتها ، فقال له عريفه : يا أمير المؤمنين ؟ إنه رجل صالح ، قال كذلك ؟ قال نعم ، قال اذهب به فهو حرّ وعلينا نفقته . وعن مالك رواه الشافعي في مسنده . وقال البيهقي : وغير الشافعي يرويه عن مالك ويقول فيه : وعلينا نفقته من بيت المال انتهى . وكذلك رواه عبد الرزاق قال : أنبأنا مالك عن ابن شهاب : حدثني أبو جميلة أنه وجد منبوا على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأتاه به فأنهم عمر رضي الله عنه ، فأثني عليه خيرا ، فقال عمر رضي الله عنه : هو حرّ وولاه لك ونفقته من بيت المال : وتهمة عمر دلّ عليها ما في رواية محمد عنه في حديث أبي جميلة أنه قال له : عسى الغوير أبوسا ، وهو مثل لما يكون ظاهره خلاف باطنه . وأول من قاله الزباء . وما قيل فيه دليل على أن الملتقط ينبغي أن يأتي به إلى الإمام أولا ليس بلازم : نعم ما لم يتبرع بالإتفاق وقصد أن ينفق عليه من بيت المال كما فعل أبو جميلة يحتاج أن يأتي به إليه ، وإذا جاء به إلى الإمام لا يصدق فيخرج من بيت المال نفقته إلا أن يقيم بينة على الالتقاط لأنه عساه ابنه ولذا قال عمر رضي الله عنه : عسى الغوير أبوساء ، والوجه أنه لا يتوقف على البينة إلى ما يرجع صدقه ، ألا ترى أن عمر لما قال عريفه إنه رجل

خوفا من العيلة أوفرا من تهمة الزنا ، مضيعه آثم ومحروزه غانم لأن فيه الإحياء ، وقد قال تعالى . ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا فإذا كان بمعنى المفعول كأن تسمية الشيء باسم ما يتول إليه لما أنه يلتقط وهو حرّ أى في جميع أحكامه حتى أن قاذفه يحذر قاذفه أنه لا يحذر ، وكذا في شرح الطحاوي . وقوله (لأن الأصل في بني آدم الحرية) لأنهم من آدم وحواء وحما حران . والرق إنما هو لعارض الكفر على ما تقدم ، والأصل عدم العارض ، ولأن الحكم للغالب والغالب في بلاد الإسلام الحرية . وقوله (هو المروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما) روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : اللقيط حر وعقله وولاه للمسلمين . وعن عمر رضي الله عنه مثله .

ولأنه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فأشبهه المقعد الذي لا مال له ولا قرابة ، ولأن ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه . والمتنقط متبرع في الإنفاق عليه لعدم الولاية إلا أن يأمره القاضي به ليكون ديناً عليه لعموم الولاية . قال (فإن التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذه منه) لأنه ثبت حق الحفظ له لسبق يده (فإن ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله) .

صالح أنفق عليه ، فإن هذه البيعة ليست على أوضاع البيئات فإنها لم تقم على خصم حاضر ، وإنما كانت ليرجع صدقه في إخباره بالالتقاط ، ولذا قال في المبسوط : هذه لكشف الحال والبيعة لكشف الحال مقبولة وإن لم تكن على خصم : قال الواقدي : وحديثي محمد بن عبد الله ابن أخي الزهري عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال : كان عمر إذا أتى بلقيط فرض له ما يصلحه رزقا يأخذه وليه كل شهر ويوصي به خيرا ، ويجعل رضاعه في بيت المال ونفقته : وروى عبد الرزاق ، حدثنا سفيان الثوري عن زهير بن أبي ثابت عن ذهل بن أوس عن تميم أنه وجد لقيطا فأتى به إلى علي رضي الله عنه فألقه على علي ماله (ولأنه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة) أغنياء لتجب نفقته عليهم فكانت في بيت المال كالمقعد الذي لا مال له ولأن ميراثه لبيت المال (والخراج بالضمان) أي لبيت المال غنمه : أي ميراثه ودينه ، حتى لو وجد اللقيط قتيلا في محلة كانت على أهل تلك المحلة دينه لبيت المال وعليهم القسامة ، وكذا إذا قتله المتنقط أو غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال ، ولو قتله عمدا فالخيار إلى الإمام على ما تقدم في مثله فعليه غرمه (ولهذا كانت جنايته في بيت المال) وبدأ محمد رحمه الله بحديث الحسن البصري أن رجلا التقط لقيطا فأتى به عليا رضي الله عنه فقال : هو حر ، ولأن أكون وليت من أمره مثل الذي وليت منه أحب إلى من كذا وكذا . فحرّض علي ذلك ولم يأخذه منه بالولاية العامة وهي الإمامة لأنه لا ينبغي للإمام أن يأخذه من المتنقط إلا بسبب يوجب ذلك لأن يده سبقت إليه فهو أحق به (قوله والمتنقط متبرع بالإنفاق عليه لعدم ولايته) على أن يلحقه الدين ليرجع عليه إذا كبر واكتسب (إلا أن يأمره القاضي به ليكون ديناً عليه) يعني بهذا القيد بأن يقول : أنفق عليه ويكون ذلك ديناً عليه . وظاهر الحصر المذكور في قوله إلا أن يأمره إلى آخره يفيد أنه لو أمره ولم يقل ليكون ديناً عليه لا يرجع بما أنفق ، وهو كذلك في الأصح لأن مطلق الأمر بالإنفاق إنما يوجب ظاهراً ترغيبه في إتمام الاحتساب وتحصيل الثواب . وقيل يوجب له الرجوع لأن أمر القاضي كأمر اللقيط بنفسه إذا كان كبيراً (لعموم ولاية القاضي) فإذا أنفق بالأمر الذي يصيره ديناً عليه فبلغ قاضي أنه أنفق عليه كذا فإن صدقه اللقيط رجع به ، وإن كذبه فالقول قول اللقيط وعلى المتنقط البيعة (قوله فإن ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله) ويثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذمياً . قال المصنف معناه

وقوله (والخراج بالضمان) أي له غنمه وعليه غرمه ، كخلة العبد المعيب للمشتري قبل الرد لأنه قبل الرد في ضمانه ، يقال خراج غلامه : إذا اتفقا على ضريبة يؤديها عليه في وقت معلوم . وقوله (فيه) أي في بيت المال ، ويقال برع الرجل وبرع بالفتح والضم : إذا فضل على أقرانه ، ومنه يقال للمتفضل المتبرع . وقوله (إلا أن يأمره القاضي ليكون ديناً عليه لعموم الولاية) في قوله ليكون ديناً عليه إشارة إلى أنه إنما يصير ديناً إذا قال ذلك ، ومن أصحابنا من قال : مجرد أمر القاضي بالإنفاق عليه يكفي ، ولا يشترط أن يقول على أن يكون ذلك ديناً عليه ، لأن أمر القاضي نافذ عليه كأمره بنفسه أن لو كان من أهله ، ولو كان من أهله وأمر غيره بالإنفاق عليه كان ما ينفق . ديناً عليه ، فكذا إذا أمره القاضي . والأصح أن لا يرجع مالم يقل القاضي ذلك لأن مطلقه محتمل قد يكون للبحث والترغيب في إتمام

(قوله لأن أمر القاضي إل قوله كان ما ينفق عليه ديناً) أقول : يعني أن أمر القاضي نافذ على اللقيط كأمر اللقيط بنفسه أن لو كان اللقيط من أهل الأمر ، ولو كان من أهل الأمر .

معناه : إذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان . والقياس أن لا يقبل قوله لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط . وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه لأنه يتشرف بالنسب ويعبر بعده . ثم قيل يصح في حقه دون إبطال يد الملتقط . وقيل يبتنى عليه بطلان يده ، ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا ، والأصح أنه على القياس والاستحسان وقد عرف في الأصل (وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده

إذا لم يدع الملتقط نسبه) يعني سابقا على دعوى المدعى أو مقارنا ، أما إذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج أولى ، وإن ادعياه معا فالملتقط أولى ولو كان ذميا والخارج مسلما لاستوائهما في الدعوى ولأحدهما يد فكان صاحب اليد أولى وهو الذي . ويحكم بإسلام الولد ، ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحسانا . والقياس أن لا يثبت إلا ببينة لأنه يتضمن إبطال حق ثابت بمجرد دعواه ، وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين (وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه لأنه يتشرف بالنسب) ويتأذى بانقطاعه ، إذ يعبر به ويحصل له من يقوم بتربيته ومؤنته راغبا في ذلك غير ممن به ، ويد الملتقط ما اعتبرت إلا بحصول مصلحته هذه لا لذاتها ولا لاستحقاق ملك ، وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذه الدعوى فيقدم عليه ، ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمنا مترتبا على وجوب إنصال هذا النفع إليه ، لأن الأب أحق بكونه في يده من الأجنبي ، وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ، ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ، ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح ، وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا ، وذكر بعضهم أن عند البعض يثبت نسبه من المدعى ويكون في يد الملتقط للجمع بين منفعتي الولد والملتقط وليس بشيء ، وأما ثبوت النسب في دعوى ذى اليد (فقيل يصح قياسا واستحسانا) أي ليس فيه قياس مخالف ، والصحيح أنهما أيضا فيه إلا أن وجه القياس فيه غيره في دعوى الخارج ، فإن ذلك هو استلزامه لإبطال حق بمجرد دعواه ، وهنا هو استلزامه التناقض لأنه لما ادعى أنه لقطه كان نافيا نسبه ، فلما ادعاه تناقض . وجه الاستحسان فيه ما قدمناه ، والتناقض لا يضر في دعوى النسب لأنه مما يحق ثم يظهر ، وهذا معنى ما في الأصل الذي أحال المصنف عليه (ولو ادعاه اثنان) خارجان معا (ووصف أحدهما علامة في جسده)

ما شرع فيه من التبرع ، وإنما يزول هذا الاحتمال إذا شرط أن يكون ديننا عليه . وقوله (معناه : إذا لم يدع الملتقط نسبه) يعني إذا ادعاه الملتقط ورجل آخر فالملتقط أولى لأنهما استويا في الدعوى ولأحدهما يد فكان صاحب اليد أولى . وقوله (ثم قيل يصح في حقه) أي في حق النسب ، وقيل يبتنى عليه بطلان يده لأن من ضرورة ثبوت النسب أن يكون هو أحق بحفظ ولده من غيره . وقوله (ولو ادعاه الملتقط) أي ولو ادعى الملتقط نسب اللقيط وقال هو ابني بعد ما قال إنه لقيط ، قيل يصح قياسا واستحسانا لأنه لم يبطل بدعواه حق أحد ولا منازع له في ذلك (والأصح أنه على القياس والاستحسان) أي على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان : يعني في القياس لا يصح وفي الاستحسان يصح كما في دعوى غير الملتقط ، لكن وجه القياس هاهنا غير وجه القياس في دعوى غير الملتقط . ووجه القياس في دعوى غير الملتقط هو تضمن إبطال حق الملتقط فلذلك لم تصح دعواه . ووجه القياس في دعوى الملتقط هو تناقض كلامه بأنه لما زعم أنه لقيط كان نافيا نسبه لأن ابنه لا يكون لقيطا في يده ثم ادعى أنه ابنه فكان مناقضا . وفي الاستحسان تصح دعواه لأن هذا إقرار على نفسه من وجه حيث يلزمه نفقته ويجب عليه أن يحفظه فهو في هذا الإقرار يكتسب له ما ينفعه ، وبالاتقاط يثبت له هذه الولاية : وقوله (إنه مناقض) قلنا نعم ولكن فيما طريقه الخفاء قد يشبهه على الناس حال ولده الصغير وهو يظن أنه لقيط ثم يبتين بعد ذلك أنه ولده ، والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن إذا أكذب نفسه (وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده

فهو أولى به) لأن الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه ، وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب . ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لأنه ثبت في زمان لا منازع له فيه إلا إذا أقام الآخر البينة لأن البينة أقوى (وإذا وجد في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فادعى ذى أنه ابنه ثبت نسبه

فطابق (فهو أولى به) من الآخر إلا أن يقيم الآخر البينة فيقدم على ذى العلامة أو كان مسلماً وذو العلامة ذى فيقدم المسلم ؛ ولو أقاما البينة وأحدهما ذى كان ابناً للمسلم (ولو لم يصف أحدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق) وهو الدعوى ، وكذا لو أقاما وهما مسلمان ولو كانت دعوة أحدهما سابقة على الأخرى كان ابنه ، ولو وصف الثاني علامة لثبوته في وقت لا منازع له فيه ، وإنما قدم ذو العلامة للترجيح بها بعد ثبوت سببي الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما ، بخلاف ما لو ادعى اثنان عينا في يد ثالث وذكر أحدهما علامة لا يفيد شيئاً ، وكذا في دعوى اللقطة لا يجب الدفع بالوصف لأن سبب الاستحقاق هناك ليس مجرد الدعوى بل البينة ، فلو قضى له لكان إثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة ، وذلك لا يجوز ، إنما حال العلامة ترجيح أحد السببين على الآخر . ولو ادعاه اثنان خارجان فأقام أحدهما البينة أنه كان في يده قبل ذلك كان أحق به لظهور تقدم اليد ، وكلما لم يرجح دعوى واحد من المدعين يكون ابناً لهما . وعند الشافعي يرجع إلى القافة على ما قدمنا في باب الاستيلاء ، ولا يباحق بأكثر من اثنين عند أبي يوسف وهو رواية عن أحمد . وعند محمد لا يباحق بأكثر من ثلاثة . وفي شرح الطحاوي : وإن كان المدعى أكثر من اثنين ؛ فعن أبي حنيفة أنه جوز إلى خمسة . ولو ادعته امرأة لا يقبل إلا ببينة لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج ، وإن ادعته امرأتان وأقامتا البينة فهو ابنهما ، عند أبي حنيفة في رواية أبي حفص . وعندهما لا يكون ابن واحدة منهما وهو رواية أبي سليمان عنه ، وهذا كله في حال حياة اللقيط ، فلو مات عن مال فادعى إنسان نسبه لا يثبت لأن تصديقه كان باعتبار أن اللقيط محتاج إلى ذلك وبالموت استغنى عنه فبقى كلامه مجرد دعوى الميراث ، ولا يصدق إلا ببينة على ذلك (قوله وإذا وجد) اللقيط (في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم) فهو مسلم لافرق في ذلك بين كون ذلك المصر كان مصرًا للكفار ثم أزعجوا وظهرنا عليه أولاً ، ولا بين كونه فيه كفار كثيرين أو لا (فإن ادعاه ذى أنه ابنه ثبت نسبه

فهو أولى به) أى يجب على الملتقط أن يدفع اللقيط إلى الذى وصف علامة في جسده وأصاب في وصفه لأن الواصف أولى بذلك اللقيط . فإن قيل : ما الفرق بين اللقيط واللقطة فإن اللقطة إذا تنازع فيه اثنان ووصف أحدهما وأصاب ولم يصف الآخر فإنه لا يقضى لصاحب الوصف ، بل إذا انفرد الواصف يحل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يلزمه وهاهنا يلزم . أجيب بأن الفرق بينهما هو أن الإصابة بوصف أمر محتمل ، يحتمل أنه أصاب لأنه له ، ومحتمل أنه أصاب لأن رأى في يد غيره ، والمحتمل لا يصلح سبباً للاستحقاق على الغير لكنه يصلح مرجحاً لسبب الاستحقاق كالأيد في دعوى التنازع . إذا ثبت هذا فنقول في فصل اللقيط : قد وجد ما هو سبب الاستحقاق وهو الدعوة لأنها سبب الاستحقاق في حق اللقيط ؛ ألا ترى أنه لو انفرد بدعوى اللقيط قضى له به كما لو أنام البينة فيعتبر الوصف ليرجع سبب الاستحقاق ، وأما في اللقطة فالدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى يرجع بالوصف ، فلو اعتبر الوصف اعتبر لأصل الاستحقاق والوصف لا يصلح سبباً له فافترقا : قوله (وإن وجد في مصر من أمصار المسلمين) على ما ذكره في الكتاب ظاهر . وقال في النهاية : والمسئلة في الحاصل على أربعة أوجه : أحدها أن يحمله مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوماً له بالإسلام . والثاني أن يحمله كافر في مكان أهل الكفر

منه وكان مسلماً) وهذا استحسان لأن دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير ، وإبطال الإسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره (وإن وجد في قرية من قرى أهل اللمة أو في بيعة أو كنيسة كان ذمياً) وهذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذمياً رواية واحدة ، وإن كان الواجد مسلماً في هذا المكان أو ذمياً في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ، ففي رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه ، وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعه عن محمد لقوة اليد ؛ ألا ترى أن تبعية الأبوين فوق تبعية الدار حتى إذا سبى مع الصغير أحدهما يعتبر كافراً ، وفي بعض نسخه اعتبر الإسلام نظراً للصغير

منه وكان مسلماً) استحساناً . والقياس أن لا يثبت نسبه منه لأن في ثبوت نسبه عنه نفي إسلامه الثابت بالدار وهو باطل . وجه الاستحسان (أن دعواه تضمنت) شيتين (النسب وهو نفع للصغير ونفي الإسلام الثابت بالدار وهو ضرر به) وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر بلجواز مسلم هو ابن كافر بأن أسلمت أمه (فصحتنا دعوته فيما ينفعه) من ثبوت النسب (دون ما يضره) إلا إذا أقام بينة من المسلمين على نسبه فحينئذ يكون كافراً : وذكر ابن سماعه عن محمد في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه نصراني وعليه زى أهل الشرك فهو ابنه وهو نصراني ، وذلك أن يكون في رقبته صليب أو عليه قميص ديباج أو وسط رأسه مجزوز انتهى . ولا ينبغي أن يجعل قميص الديباج علامة في هذه الديار لأن المسلمين كثيراً ما يفعلونه وإذا حكمنا بأنه ابن ذمي وهو مسلم فيجب أن ينزع من يده إذا قارب أن يعقل الأديان كما قلنا في الحضانة إذا كانت أمه المطلقة كافرة (قوله وإن وجد في قرية من قرى أهل اللمة أو في بيعة أو كنيسة) في دار الإسلام (كان ذمياً) هكذا قال القدوري . قال المصنف (هذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذمياً رواية واحدة ، فإن كان مسلماً في هذا المكان) أى في قرية من قرى أهل اللمة أو بيعة أو كنيسة (أو كان) الواجد (ذمياً) لكن وجده (في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ، ففي كتاب اللقيط العبرة بالمكان) في الفصلين ، وهو ما إذا كان الواجد مسلماً في نحو الكنيسة أو ذمياً في غيرها من دار الإسلام ، وعليه مشى القدوري هنا لأن المكان سابق والسبق من أسباب الترجيح (وفي كتاب الدعوى) اختلفت النسخ (في بعض النسخ اعتبر الواجد) في الفصلين (وهو رواية ابن سماعه) في الفصلين لأن اليد أقوى من المكان (ألا ترى) أن الصبي المسبى مع أحد الأبوين إلى دار الإسلام يكون كافراً حتى لا يصل عليه إذا مات (وفي بعض نسخه) أى نسخ كتاب الدعوى من المبسوط (اعتبر الإسلام) أى ما يصير الولد به مسلماً (نظراً للصغير) ولا ينبغي أن يعدل عن ذلك ، فعلى هذا لو وجده كافراً في دار الإسلام أو مسلم في كنيسة كان مسلماً فصارت الصور أربعاً : اتفاقتان ، وهو ما إذا وجده مسلم في قرية من قرى المسلمين فهو مسلم أو كافراً في نحو كنيسة فهو كافراً ، واختلافتان وهما مسلم في نحو كنيسة أو كافراً في نحو قرية للمسلمين . وفي كفاية البيهقي قيل : يعتبر بالسيا والزى لأنه حجة ، قال الله تعالى - تعرفهم بسيماهم - يعرف المجرمون بسيماهم - وفي المبسوط : كما لو اختلط الكفار : يعنى

كالبيعة والكنيسة فيكون محكوماً له بالكفر لا يصل عليه إذا مات . والثالث أن يجده كافراً في مكان المسلمين والرابع أن يجده مسلم في مكان الكافرين ، ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية . ففي كتاب اللقيط يقول : العبرة للمكان في الفصلين جميعاً . وفي رواية ابن سماعه عن محمد أن العبرة للواجد بالفصلين جميعاً ، كذا في المبسوط . وقوله (في بعض النسخ) أى في بعض نسخ دعوى المبسوط .

قال المصنف (لقوة اليد ألا يرى الخ) أقول : فيه بحث ، فإن التبعية في الأبوين الجزئية لا اليد بمجرد (قال المصنف فوق تبعية الدار) أقول : لأن بينه وبين الأبوين جزئية ولا جزئية بينه وبين المكان .

(ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل منه) لأنه حرّ ظاهراً إلا أن يقيم البيّنة أنه عبده (فإن ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه منه) لأنه ينفعه (وكان حراً) لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك (والحرّ في دعوته اللقيط أولى من العبد ، والمسلم أولى من الذمي) ترجيحاً لما هو الأنظر في حقه

موتانا بموتاهم الفصل بالزى والعلامة ، ولو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صبيانا حوله القرآن يزعم أنه مسلم يجب الأخذ بقوله (قوله ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل عنه) لأن الأصل الحرية لما قدمنا (إلا أن يقيم بيّنة) لا يقال : هذه البيّنة ليست على خصم فلا تقبل لأن الملتقط خصم لأنه أحق بثبوت يده عليه فلا تزول إلا ببيّنة هنا ، وإنما قلنا هنا كى لا ينقض بما إذا ادعى خارج نسبه فإن يده تزول بلا بيّنة على الأوجه . والفرق أن يده اعتبرت لمنفعة الولد ، وفي دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التي أوجبت اعتبار يده الملتقط فتزال للحصول ما يفوق المقصود من اعتبارها ، وهنا ليس دعوى العبدية كذلك بل هو مما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال إلا ببيّنة (قوله فإن ادعى عبداً أنه ابنه ثبت نسبه منه لأنه ينفعه ، وكان حراً لأن المملوك قد تلد له الحرة) فيكون الأب عبداً والولد حراً لأنه يتبع أمه في الحرية والرق فيقبل فيما ينفعه دون ما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذمي فلم يكن من ضرورة ثبوت نسبه منه رقه (فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك) إذا لم تضاف ولادته إلى امرأة أمه ، فإن أضاف إلى امرأته الأمة ففيه خلاف بين أبي يوسف ومحمد . ذكر في الذخيرة أن الولد حرّ عند محمد ، وعند أبي يوسف عبد ، فمحمد يقول في دعوى العبد نفع هو النسب وضرر هو الرق ، وأحدهما يتفصل عن الآخر فيعتبر فيما ينفعه دون ما يضره ، وأبو يوسف يقول لما صدقه الشرع في ثبوت النسب يصدقه فيما كان من ضروراته تبعاً فيحكم برقه تبعاً ، بخلاف الذي فإنه ليس من ضرورته ثبوت كفه بلحواز إسلام زوجته ، وعلى هذا لو قال الذي إنه من زوجتي الذمية لا يصدق (قوله والحرّ في دعوته اللقيط أولى من العبد) يعني إذا ادعياه وهما خارجان

(قوله ومن ادعى أن اللقيط عبده) ظاهر . فإن قيل : إن البيّنة لا تقبل إلا على خصم منكر ولا خصم هاهنا لأن الملتقط ليس بولى فلا يكون خصماً عنه . أجيب بأن الخصم هو الملتقط باعتبار يده لأنه يمنعه عنه ، ويزعم أنه أحق بحفظه فلا يتوصل المدعى إلى استحقاق يده عليه إلا باقامة البيّنة ، فإن ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه لأن دعواه تضمنت شيئين : النسب وهو نفع للصبي لأنه يحصل له الشرف بثبوت النسب ، والرق وهو مضرة فيثبت الأول دون الثاني لأن الأول لا يستلزمه لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل له الحرية الظاهرة بالشك . ويمكن أن يقرر بجعل كلامه دليلين على مطلوبين أحدهما أنه يثبت نسبه لأنه ينفعه ، وكل ما ينفعه يثبت له . والثاني أنه حرّ لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا يكون عبداً ، وقد تلد له الأمة فيكون عبداً ، والظاهر في بني آدم الحرية فلا تبطل بالشك . قال (والحرّ في دعوته اللقيط أولى من العبد) إذا ادعى اللقيط الحر والعبد وهما خارجان أو المسلم والذمي وهما خارجان دعوى مجردة فالحر أولى من العبد والمسلم أولى من الذمي ، وكذلك إذا أقام البيّنة وليست إحداها أكثر إثباتاً ، حتى لو شهد للمسلم ذميان وللذمي مسلمان كان للمسلم لأن بيّنة كل واحد منهما حجة في حق الآخر وليست إحداها أكثر إثباتاً فكان المسلم أولى . وأما إذا كانت بيّنة الذي أكثر إثباتاً فلا يعتبر الترجيح بالإسلام ، فلو ادعى الذي صدياً في يد رجل أنه ابنه ولد على فراشه وأقام على ذلك شاهدين مسلمين وأقام عبد مسلم بيّنة أنه ابنه ولد على فراشه من هذه الأمة قضى للذي بالصبي ، ولم يترجح العبد بالإسلام لأن بيّنة الذي أكثر إثباتاً لأنها تثبت

(قوله لأنه يمنعه عنه) . أقول : أي يمنعه من المبيع (قوله لأن الأول لا يستلزمه) . أقول : إذا لم يستلزمه فكيف تضمنه ؟

(وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له) اعتبارا للظاهر . وكذا إذا كان مشدودا على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي لأنه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله إليه . وقيل يصرفه بغير أمر القاضي لأنه للقيط ظاهرا (وله ولاية الإنفاق وشراء مالا بد له منه) كالطعام والكسوة لأنه من الإنفاق (ولا يجوز تزويج الملتقط) لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة . قال (ولا تصرفه في مال الملتقط) اعتبارا بالأم . وهذا لأن ولاية التصرف لشمير المال وذلك يتحقق بالرأى الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما أحدهما .

لما قلنا أنه إذا كان الملتقط ذميا ادعاه مع مسلم خارج رجح عليه ، وكذا إذا ادعى الذي أنه ابنه والمسلم أنه عبده فهو ابن الذي لأنه يفوز بالنسب والحرية مع الحكم بإسلامه ، ولا كذلك في دعوى رقه إلا أن يقيم بينة رقه فيكون رقيقا ، كما أن الذي إذا ادعاه ابنا له وأقام بينة من المسلمين يكون كافرا ، ولو وجد طفل في يد عبد محجور ذكر أنه التقطه ولا بينة له على الالتقاط وكذبه مولاه . وقال هو عبدي فالقول قول المولى لأن العبد المحجور لا يد له على نفسه فما في يده كما في يد المولى ، وكذا لو أقر بعين في يده لآخر وكذبه المولى لا يصح إقراره كما لو كان في يد المولى ، ولو كان العبد مأذونا في التجارة فالقول قول العبد لأن للمأذون يدا على نفسه حتى يصح إقراره بما في يده لغير السيد ، وإن كذبه السيد فيكون الولد الذي في يده حرا إلا أن يقيم سيده بينة أنه عبده (قوله وإذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو دابة هو مشدود عليها فالكمل له) بلا خلاف (اعتبارا للظاهر) أى في دفع ملك غيره عنه ثم يثبت ملكه في ذلك بقيام يده مع حرته المحكوم بها . وقوله (لما ذكرنا) يريد قوله اعتبارا للظاهر (ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي لأنه مال ضائع) أى لا يحافظ له ، ومالكة وإن كان معه فلا قدرة له على الحفظ (وللقاضي ولاية صرف مثله إليه) وكذا لغير الواجد بأمره والقول قوله في نفقة مثله (وقيل له صرفه عليه بغير أمر القاضي) أيضا (لأنه للقيط) كما حكمنا به (وللواجد الإنفاق عليه وشراء مالا بد له منه من الطعام والكسوة لأنه من الإنفاق) وشراء مالا بد منه عطف على ولاية من قوله وله ولاية الإنفاق : أى للواجد ولاية الإنفاق ، وله شراء مالا بد للقيط منه ، وبهذا قال أحمد (ولا يجوز للملتقط تزويج اللقيط) واللقطة (لانعدام سبب ولاية الإنكاح من القرابة والملك والسلطنة) وهذا بلا خلاف (ولا تصرفه في ماله ببيع) ولا شراء شيء ليستحق الثمن دينا عليه لأن الذي إليه ليس إلا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك (اعتبارا بالأم) فإنها لا يجوز لها ذلك مع أنها تملك من التصرفات ما لا يملكه الملتقط كالزويج عند عدم العصبة فعدم ملكه لذلك أولى (وهذا) أى عدم تصرف كل من الأم والملتقط بالبيع ونحوه (لأن ولاية التصرف إنما هو لشمير المال وذلك) إنما يتحقق بالرأى الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل منهما أحدهما (لأن في الأم شفقة كاملة مع قصور في الرأى ، وفي الملتقط رأى كامل مع قصور شفقة لعدم القرابة ، ونظير ما ذكر المصنف هنا ما قدمه في ثبوت الخيار للضغينة إذا بلغت وقد زوجها

النسب بجميع أحكامه . وأما إذا كان النزاع بين الملتقط والخارج فالترجيح باليد لقوتها ، فإن الملتقط إذا كان ذميا فهو أولى من المسلم الخارج (وإذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو على دابة هو عليها فهو له) وكذا الدابة (اعتبارا للظاهر) لأن اللقيط لما كان في دار الإسلام كان حرا من أهل الملك ، فما كان معه فهو له ظاهرا لعدم اليد الثابتة عليه كالقصاص الذي عليه . فإن قيل : الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق ، فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر حجة مثبتة وليس كذلك . أجب بأن هذا الظاهر يدفع دعوى الغير (قوله ثم يصرفه الواجد إليه) ظاهر . وقوله (والموجود في كل واحد منهما) أى من الملتقط والأم (أحدهما) لأن للملتقط رأيا كاملا

قال (ويجوز أن يقبض له الهبة) لأنه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلا وتملكه الأم ووصيها . قال (ويسلمه في صناعة) لأنه من باب تثقيفه وحفظ حاله . قال (ويؤجره) قال العبد الضعيف : وهذا رواية القدوري في مختصره : وفي الجامع الصغير : لا يجوز أن يؤجره . ذكره في الكراهية وهو الأصح . وجه الأول أنه يرجع إلى تثقيفه . ووجه الثاني أنه لا يملك إتلاف منافعه فأشبهه العم . بخلاف الأم لأنها تملكه على ما ذكره في الكراهية إن شاء الله تعالى .

غير الأب والجد من كتاب النكاح (قوله ويجوز أن يقبض) أي الملتقط (للقيط الهبة) والصدقة عليه (لأنه نفع محقق ولذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلا وتملكه الأم ووصيها . قال القدوري : ويسلمه في صناعة لأنه من باب التثقيف وحفظ حاله) عن الشتات وصيانتها عن الفساد . ثم (قال) القدوري (ويؤجره) لأنه من التثقيف يعني التكوين (وفي الجامع الصغير : لا يجوز أن يؤجره ذكره في الكراهية) قال المصنف (وهو الأصح) لأنه لا يملك إتلاف منافعه فلا يملك تمليكها (فأشبهه العم ، بخلاف الأم لأنها تملك إتلاف منافعه) بالاستخدام والإعارة بلا عوض ، فبالعوض بالإجارة أولى .

[فروع] ادعاه الملتقط عبدا له بعد ما عرف الالتقاط لا يصدق إلا بينة كالخارج . ولو ادعاه ذمي وأقام بينة من أهل الذمة أنه ابنه لاعتبر بها لأن نسبه ثبت بمجرد دعواه . وأثر هذه البينة في كونه كافرا ولا يثبت بذلك . ولو وجدته مسلم وكافر فتنازعا في كونه عند أحدهما قضى به للمسلم لأنه محكوم له بالإسلام فكان المسلم أولى بحفظه ولأنه يعلمه أحكام الإسلام . بخلاف الكافر . وإذا بلغ اللقيط فأقر أنه عبد فلان وفلان يدعيه . إن كان قبل أن يقبض عليه بما لا يقضى به إلا على الأحرار كالحل الكامل ونحوه صح إقراره وصار عبدا لأنه غير متهم فيه . وإن كان بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير به عبدا لأن فيه إبطال حكم الحاكم ولأنه مكذب شرعا في ذلك . فهو كما لو كذبه الذي أقر له بالرق . ولو كانت اللقيطة امرأة فأقرت بالرق بعدما كبرت إن كان بعد التزويج صح وكانت أمة للمقر له . ولا تصدق في إبطال النكاح لأن الرق لا ينافي النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرورة الحكم رقه انتفاء النكاح . ولو بلغ فتزوج امرأة ثم أقر أنه عبد لفلان ولأمراة عليه صداق وصداقها لازم عليه لا يصدق في إبطاله لأنه دين ظهر وجوبه فهو متهم في إقراره هذا . وكذا إذا استدان ديننا أو بايع إنسانا أو كفل كفالة أو وهب أو تصدق وسلم أو دبر أو كاتب أو أعتق ثم أقر أنه عبد لفلان لا يصدق في إبطال شيء من ذلك لأنه متهم ، وتقدم أن ميراثه لبيت المال ، فلو أنه والى رجلا بعد ما أدرك الملتقط أو غيره ، فإن كان قبل أن يتأكد ولاؤه لبيت المال بأن جنى جنابة وعقله بيت المال فلا يصح ولا ينتقل ميراثه عن بيت المال . وإن كان قبل ذلك جاز لأن ولاؤه لم يتأكد لبيت المال فله أن يوالى من شاء وصار كالذي أسلم من أهل الحرب له أن يوالى من شاء إلا أن يجنى فيعقله بيت المال .

ولا شفقة له ، وللأم شفقة كاملة ولا رأى لها (قوله لأنه من باب تثقيفه) التثقيف تكوين المعوج بالثقاف وهو مايسوى به الرماح ويستعار للتأديب والتهذيب (قوله بخلاف الأم لأنها تملكه) أي تملك إتلاف منافعه فإنها تملك استخدام ولدها وإجارتها ، والله أعلم .

(قال المصنف : ويؤجره) أقول : بالنصب عطف على قوله أن يقبض .

كتاب اللقطة

قال (اللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها)

كتاب اللقطة

هي فعلة بفتح العين رصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة لكثير الممز وغيره ، وبسكونها للمفعول كضحكة وهزأة للذي يضحك منه ويهزأ به . وإنما قيل للمال لقطة بالفتح لأن طباع النفوس في الغالب تبادر إلى التقاطه لأنه مال ، فصار المال باعتبار أنه دافع إلى أخذه بمعنى فيه نفسه كأنه الكثير الالتقاط مجازاً ، وإلا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط . وما عن الأصمعي وابن الأعرابي أنه بفتح القاف اسم للمال أيضاً فحمول على هذا : يعني يطلق على المال أيضاً . ثم اختلف في صفة رفعها فنقل عن المتشقة أنه لا يحل له لأنه مال الغير فلا يضع يده عليه بغير إذنه وبعض التابعين ، وبه قال أحمد يحل ، والترك أفضل ، أما الحل فلا أنه صلى الله عليه وسلم لم ينه عن ذلك ولا أنكر على من فعله بل أمره بتعريفها على ماسئد كـ . وأسند إسحاق بن راهويه عنه صلى الله عليه وسلم ومن أصاب لقطة فليشهد ذا عدل « وأما أفضلية الترك فلأن صاحبها يطلبها في المكان الذي فقدها فيه ولولم يذكر خصوص المكان ، فإذا تركها كل أحد فالظاهر أن يجدها صاحبها لأنه لا بد عادة أن يمر في ذلك المكان مرة أخرى في عمره ، ولأن الظاهر أن سقوطها في أثناء الطرقات التي يمر بها أو يجلس في عادة أمره وعامة الفقهاء على أنه إليه ، وقيد الطحاوي وغيره بما إذا كان يأمن على نفسه ، فإن كان لا يأمن بتركها ، ولأنه يجوز أن تصل يد خائنة إليها ، فإن غلب على ظنه ذلك إن لم يأخذها ففي الخلاصة يفترض الرفع ، ولو رفعها ثم بدا له أن يضعها مكانها ففي ظاهر الرواية لاضمان عليه وسئد كره (قوله واللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها ،

كتاب اللقطة

اللقيط واللقطة متقاربان لفظاً ومعنى ، وخص اللقيط ببني آدم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما ، وقدم الأول لشرف بني آدم على اللقطة وهي الشيء الذي يجده ملقياً فيأخذه أمانة (إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً بل هو الأفضل عند عامة العلماء رحمهم الله

كتاب اللقطة

(قوله واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما) أقول : فيه أنه إذا عكس يوجد التمييز أيضاً فلا يدل ما ذكره على التخصيص المطلوب . والأول ما في غاية البيان أن فعلة يدل على معنى الفاعل كالمهمزة والعزة والضحكة بفتح الحاء والمال المنبذ كأنه يلقط نفسه لكثرة رغبات الناس فيه ، ويميلان الطباع إليه فسمى لقطة على الإسناد المجازي ، وفي المنبذ من بني آدم إياه في القلوب عن قبوله لزوم ثقته ومؤنثه فسمى لقيطاً : أي ملقوطلاً على سبيل التفاؤل وإرادة الصلاح في حاله كما سمي اللقيط سليماً والمهلكة مغازاة انتهى (قوله واللقطة وهي الشيء الذي يجده ملقياً يأخذه أمانة) أقول : كذا صح في المنرب ، ثم قوله اللقطة مبتدأ وقوله أمانة خبره .

لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الأفضل عند عامة العلماء وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا ، وإذا كان كذلك لا تكرون مضمونة عليه ، وكذلك إذا تصادقا أنه أخذها للمالك لأن تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبيئة ، ولو أقر أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع ، وإن لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ أخذه للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : لا يضمن والقول قوله لأن الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ،

لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو أفضل (وظاهر المبسوط اشتراط عدلين إلى آخره) وإذا كان كذلك (يعني إذا كان أشهد أو إذا كان أمانة بأن أشهد) لا تكون مضمونة عليه (فلو هلك بغير صنع منه لاضمان عليه ، وكذا إذا صدقه المالك في قوله أنه أخذها ليردها وصار تصادقهما كبيئته على أنه أخذها ليردها) ولو أقر أنه أخذها لنفسه ضمنها بالإجماع ، وإن لم يشهد وقال أخذتها للرد للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا يضمن (وبه قال الشافعي ومالك وأحمد . وفي شرح الأقطع ذكر محمدا مع أبي يوسف) والقول له (مع يمينه أنه أخذها ليردها (لأن الظاهر شاهد له) إذ الظاهر من حال المسلم (اختياره الحسبة لا المعصية) ولأن الأخذ مأذون فيه شرعا بقيد كونه للمالك فإذا أخذ إن لم يكن الظاهر أنه أخذه للمالك

(قوله بل هو أفضل عند عامة العلماء) احتراز عن قول من يقول إنه أخذ مال الغير بغير إذن صاحبه وذلك حرام شرعا وعن قول من يقول أخذه جائز وتركه أفضل لأن صاحبها إنما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه ، فإذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع (قوله وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا) والحاصل أن اللقطة عند عامة العلماء على نوعين : ما يكون أخذه واجبا وهو ما إذا خاف الضياع ، واستدل على ذلك بقوله تعالى - والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض - وإذا كان وليا وجب عليه حفظ ماله ، وبأن حرمة مال المسلم كحرمة ماله ، فإذا خاف على ماله الضياع وجب حفظه ، فكذلك إذا خاف على مال غيره وما لا يكون أخذه واجبا ، وهو ما إذا لم يخف الضياع فقبل رفعه مندوب إليه لقوله تعالى - وتعاونوا على البر والتقوى - ولأنه لو تركها لايؤمن أن يصل إليها يد خائنة فتستعها عن مالكها . وقيل تركه أفضل لما ذكرنا أن صاحبها إنما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه والأول ظاهر المذهب (وإذا كان كذلك) أى إذا كان أخذها مأذونا فيه شرعا (لا تكون مضمونة عليه) كذا وكذا في بعض الشروح وهو لا يناسب قوله إذا تصادقا ، والظاهر أن معناه وإذا أشهد الملتقط أنه يأخذها الخ لا تكون مضمونة عليه لأنه لم يأخذ لنفسه ، ويجوز أن يكون معناه وإذا كانت أمانة لا تكون مضمونة عليه ، وكذا إذا تصادق الملتقط والمالك أنه أخذها للمالك لأن تصادقهما حجة في حقهما وصار كما إذا قام الملتقط البيئته أنه أخذها ليوصلها إلى المالك (ولو أقر) الملتقط (أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع ، وإن لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ أخذتها للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد : وقال أبو يوسف : لا يضمن والقول قوله) أما عدم الضمان فلأن الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية لأن فعل

(قوله كذا في بعض الشروح) أقول : يعني في شرح الإيتاني (قوله وهو لا يناسب قوله وكذا إذا تصادقا الخ) أقول : إنما لا يكون مناسباً أن لو كان قوله وكذا إذا تصادقا علقا على قوله ، وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة وليس ذلك بلازم فإنه يجوز أن يكون علقا على قوله إذا أشهد الخ (قوله ويجوز أن يكون معناه الخ) أقول : وعنى هذا أظهر مما ذكره قبله فعل هذا يكون معنى قوله وكذا إذا تصادقا ، وكذا تكون اللقطة أمانة إذا تصادقا ، ويوجد التناسب والتلازم لكونه علقا على قوله اللقطة أمانة الخ ، وعمل الوجه الذي ذكره قبله يكون للمنى وكذا لا تكون مضمونة عليه إذا تصادقا ، وفيه نوع تأمل .

ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الأخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ ، وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لأن الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه ويكفيه في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطعة فدلوه على واحدة كانت اللقطة أو أكثر لأنه اسم جنس .

فأقل ما في الباب أن يكون مشكوكاً في أنه أخذه له أو لنفسه فلا يضمن بالشك (ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الأخذ لمالكه ، وفيه وقع الشك فلا يبرأ : وما ذكر أبو يوسف من الظاهر يعارضه مثله لأن الظاهر كون المتصرف عاملاً لنفسه) فإن قال كون أخذ المال سبباً للضمان إذا لم يكن بإذن الشرع فأما إذا نه فممنوع ، وإذا لم يثبت أن هذا الأخذ سبب للضمان لم يقع الشك في البراءة بعد ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ما ذكرتم . فالجواب أن إذن الشرع مقيد بالإشهاد عند الإمكان على ما ذكرنا آنفاً من رواية إسماعيل « من أصاب لقطعة فليشهد ذا عدل » وهذا الاختلاف فيما إذا أمكنه الإشهاد ، وإذا لم يمكنه عند الرفع أو خاف أنه إن شهد أخذها منه ظالم فتركه لا يضمن بالإجماع : والقول قوله مع يمينه كوني منعي من الإشهاد كذا (قال : ويكفيه في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه على) أو عندي ضالة أو شيء فمن سمعتموه إلى آخره . فإذا جاء صاحبها يطلبها فقال هلكت لا يضمن ، ولا فرق بين كون اللقطة (واحدة أو أكثر لأنه) أي اللقطة بتأويل الملتقط (اسم جنس) ولا يجب أن يعين ذهباً أو فضة خصوصاً في هذا الزمان . قال الحلواني : أدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الأخذ ويقول أخذتها لأردها ، فإن فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفي فجعل التعريف إشهاداً . وقول المصنف يكفيه من الإشهاد أن يقول إلى آخره يفيد مثله : فاقضى هذا الكلام أن يكون الإشهاد الذي أمر به في الحديث هو التعريف . وقوله عليه الصلاة والسلام « من أصاب ضالة فليشهد » معناه فليعرفها . ويكون قوله ذا عدل ليفيد عند جحد المالك التعريف : أي الإشهاد . فإنه إذا استشهد ثم عرق بخضرته لا يقبل ما لم يكن عدلاً . وإلا فالتعريف لا يقتصر على ما بحضرة العدول : وعلى هذا فخلافية أبي يوسف فيما إذا لم يعرفها أصلاً حتى ادعى ضياعها وادعى أنها كانت عنده ليردها وأخذها كذلك . وقوله إن إذن الشرع مقيد بالإشهاد أي بالتعريف ، فإذا لم يعرفها فقد ترك ما أمر به شرعاً في الأخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن أنه أخذها لنفسه ، وعلى هذا لا يلزم الإشهاد : أي التعريف وقت الأخذ ، بل لابد منه قبل هلاكها ليعرف به أنه أخذها ليردها لا لنفسه ، وحينئذ فما ذكر في ظاهر الرواية من أنه إذا أخذها ثم ردها إلى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها في مكانها أو بعد ما ذهب ثم رجع ظاهر ، لأن بالرد ظهر أنه لم يأخذها لنفسه وبه ينتهي الضمان عنه ، وقيد بعض المشايخ بما إذا لم يذهب بها ، فإن ذهب بها ثم أعادها ضمن ، وبعضهم ضمنه ذهب بها أو لا ، والوجه ظاهر المذهب ، وما ذكرنا لا ينفى وجه التضمن بكونه مضيعاً مال غيره بطرده بعد ما لزمه حفظه بالأخذ

المسلم محمول على ما يحل له شرعاً ، والذي يحل له شرعاً الأخذ للرد لأنفسه فيحمل مطلق فعله عليه ، وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الإشهاد منه ، وأما أن القول قوله فلان صاحبها يدعي عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو منكر والقول قول المنكر مع يمينه كما لو ادعى عليه النصب : وقوله (ولهما أنه أقر بسبب الضمان) ظاهر ، قبل هذا الاختلاف في الإشهاد فيما إذا أمكنه أن يشهد ، أما إذا لم يجد أحداً يشهده عند الرفع أو خاف أنه لو شهد عند الرفع أن يأخذ منه الظالم فترك الإشهاد لا يكون ضماناً بالاتفاق ، وإن وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمن لأنه ترك الإشهاد مع القدرة عليه . وقوله (ويكفي في الإشهاد أن يقول) ظاهر .

(قوله قيل هذا الاختلاف في الإشهاد الخ) أقول : أي في وقت انقضاء الإشهاد ففيه حلف مضاعف .

قال (فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياما ، وإن كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا) قال العبد الضعيف : وهذه رواية عن أبي حنيفة . وقوله أياما معناه على حسب ما يرى . وقدره محمد في الأصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير ، وهو قول مالك والشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام « من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل » . وجه الأول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوى ألف درهم ، والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة ، فأوجبنا التعريف بالحول احتياطا ، وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجه ما ففوضنا إلى رأى المبتلى به

(قوله فإن كانت) اللقطة (أقل من عشرة عرفها أياما) وفسرها المصنف بحسب ما يرى من الأيام من غير تفصيل ، وذلك أنه روى عن أبي حنيفة : إن كانت مائتين فصاعدا عرفها حولا ، وإن كانت أقل من مائتين إلى عشرة عرفها شهرا ، وإن كانت أقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى . وفي رواية أخرى قال : فيما دون العشرة إن كانت ثلاثة فصاعدا : يعنى إلى العشرة يعرفها عشرة أيام ، وإن كانت درهما فصاعدا : يعنى إلى ثلاثة يعرفها ثلاثة أيام ، وإن كانت دانتا فصاعدا يعرفها يوما ، وإن كانت دون الدانت ينظر بمئة وبسرة ثم يضعه في كف فقير . قال شمس الأئمة : شيء من هذا ليس بتقدير لازم ، بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ، وهذا أخذ بالرواية التي ذكرناها قبل هذا وهو جيد ، والظاهر أنه إنما قدر بذلك التقديرات في القليل لغلبة الظن أن المالك في تلك التقادير لا يطلبها بعد تلك المدد فكان المعول عليه غلبة ظن تركها ، وظاهر الرواية وهو ما ذكر محمد في الأصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعي وأحمد لقوله صلى الله عليه وسلم ماسئذكر ، وكذا روى عن عمر وعلي وابن عباس . وجهه ما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام « من التقط شيئا فليعرفه سنة » من غير فصل ، وفيه ألفاظ منها ما رواه البزار عن أبي هريرة رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال : لا تحل اللقطة ، فن التقط شيئا فليعرفه سنة » ومعنى لا تحل اللقطة : أى لا يحل للملتقط تملكها ، وهذا لا يتعرض للالتقاط نفسه . وفي الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني « سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال : عرفها سنة ، ثم اعرف عفاصها ووكاءها ثم استنفقها فإن جاء صاحبها فأدّها إليه » (وجه الأول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوى ألف درهم ، والعشرة فما فوقها في معنى الألف شرعا في تعلق القطع بسرقتها وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول) إلحاقها بما فيه الزكاة من المائتين فما فوقها احتياطا (وما دون العشرة ليس في معنى الألف شرعا بوجه ما ففوضنا) التعريف فيها (إلى رأى المبتلى به) والمراد بقوله كانت مائة دينار

(وقوله وهذه رواية عن أبي حنيفة) يشير إلى أنها ليست بظاهر الرواية ، فإن الطحاوى رحمه الله قال : وإذا التقط لقطة فإنه يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيسا أو خسيسا في ظاهر الرواية (وقوله كانت مائة دينار تساوى ألف درهم) يريد ما روى البخارى رحمه الله في الصحيحين مسندا إلى أبي بن كعب رضى الله عنه قال : « أخذت صرة مائة دينار ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : عرفها حولا ، فعرفتها فلم أجده من يعرفها ، ثم أتيتها ثانيا فقال عرفها حولا ، فعرفتها فلم أجده ، ثم أتيتها ثالثا فقال : احفظ وعاءها ووكاءها وعددها ، فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها » . وفيه نظر لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . وأقول : هذا الحديث يدل على أن التعريف

(قوله لأن العبرة بعموم اللفظ الخ) أقول : فإن التكرار إذا وقعت في سياق الشرط تم على ما صرحوا به ، وسبق الحديث المروي كذلك (قوله وأقول هذا الحديث الخ) أقول : فيه بحث إذ يجوز أن يقال للحديث دلالتان على ما مر مثله في السير .

وقيل الصحيح أن شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ، ويفوض إلى رأى الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها ، وإن كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى إذا خاف أن يفسد تصدق به ، وينبغي أن يعرفها في الموضع الذى أصابها . وفي الجامع : فإن ذلك أقرب إلى الوصول إلى صاحبها ، وإن كانت اللقطة شيئا يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون إلقاؤه إباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكه لأن التملك من المجهول لا يصح .

ما في الصحيحين واللفظ للبخارى عن أبي كعب قال «أخذت صرة مائة دينار فأتيته النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً ، فعرفها فلم أجده ، ثم أتيت بها فقال : عرفها حولاً فعرفها فلم أجده ، ثم أتيتها ثالثاً فقال : احفظ . وعاعها وعددها ووكاها فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها » وهذا يقتضي قصر حديث العام على حديث المائة دينار ، وليس كذلك بل قد ورد الأمر بالتعريف سنة في غير حديث مطلقاً عن صورة المائة دينار كما قدمنا وغيره مما لم نذكره (قوله وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه التقادير ليس بلازم) ولا التقدير بالعام (ويقوض إلى رأى المبطل به يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها) وهذا ذكره شمس الأئمة واختاره . واستدل عليه بحديث الثلاث سنين في المائة دينار ، فإنه يعرف به أن ليس السنة بتقدير لازم بل ما يقع عند المنتظر أن صاحبه يتركه أو لا ، وهذا يختلف باختلاف خط المال ؛ ألا ترى أن المال لما كان ذا خطر كبير أمره صلى الله عليه وسلم أن يعرفه ثلاث سنين (قوله وإن كانت اللقطة شيئاً لا يبقى عرفه حتى يخاف فسادها فيتصدق به) قال المصنف (وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها فيه وفي الجامع) يعني الأسواق وأبواب المساجد فينادى من ضاع له شيء فليطلبه عندي . واعلم أن ظاهر الأمر بتعريفها سنة يقتضي تكرار التعريف عرفاً وعادة وإن كان ظرفية السنة للتعريف يصدق بوقوعه مرة واحدة ، ولكن يجب حمله على المعتاد من أنه يفعله وقتاً بعد وقت ، ويكرر ذلك كلما وجد مظنة ، وما قدمنا من قول الولوالجي مما يفيد الاكتفاء بالمرة الواحدة هو في دفع الضمان عنه ، أما الواجب فأن يذكرها مرة بعد أخرى (قوله وإن كانت اللقطة شيئاً يعلم أن صاحبها لا يطلبه كالثوب وقشور الرمان يكون إلقاؤه إباحة فيجوز الانتفاع بها) للواجد (بلا تعريف) وعنه صلى الله عليه وسلم «أنه رأى تمر في الطريق فقال : لولا أخشى أن تكون من تمر الصدقة لأكلتها » ولا يعلم فيه خلاف بين العلماء ، ولكن تبقى على ملك مالكها ، حتى إذا وجدها في يده له أخذها لأن الإباحة لا تخرجها عن ملك مالكها ، وإنما إلقاؤها إباحة لاتملك (لأن التملك من الجهول لا يصح) وذكر شيخ الإسلام أنها لو كانت متفرقة فجمعها

يكون حولين ، وليس ذلك بشرط بالإجماع فيكون ساقط الدلالة على المراد (وقوله وقيل الصحيح أن شيئا من هذه المقادير) إشارة إلى ما اختاره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله . وقوله (كالنواة وقشور الزمان) يعني إذا كان في مواضع مختلفة فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمة فإنه يجوز له الانتفاع بها لأن القيمة ظهرت بالاجتماع والاجتماع حصل بصدقه ولكنه لا يملكها ، حتى أن صاحبها إذا وجدها في يده بعد ما جمعها جاز أن يأخذها لأن الإلقاء متفرقا لدليل على الإذن لأعلى التملك ، لأن التملك من المجهول لا يصبغ . ذكره في المحيط . فأما إذا كانت

(قال المصنف: وقيل الصحيح أن شيئا من هذه المتأديري ليس يلزم، ويفوض إلى رأى الملتقط يعرفها إلى أن يقلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها) أقول: قال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه: قال أبي بن كعب رضي الله تعالى عنه « وجدت مائة دينار فأخبرت النبي عليه الصلاة والسلام قال عرفها ستة ، فمرتها فلم يعرفها أحد ، فأخبرته فقال عليه الصلاة والسلام: عرفها ستة أخرى ، فمرتها ، ثم أخبرته فقال: عرفها ستة أخرى ، ثم قال بعد ثلاث سنين أعرف عندها وكماها واخلطها بماك ، فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها فإنها رزق ساقه الله إليك » انتهى .

قال (فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها) إيصالا للحق إلى المستحق وهو واجب بقدر الإمكان ، وذلك بإيصال عينها عند الظفر بصاحبها وإيصال العوض وهو الثواب على اعتبار إجازة التصديق بها ، وإن شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها . قال (فإن جاء صاحبها) يعنى بعد ما تصدق بها (فهو بالخيار إن شاء أمضى الصدقة) وله ثوابها لأن التصديق وإن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه فيتوقف على إجازته ، والمالك يثبت للفقير قبل الإجازة فلا يتوقف على قيام المحل ، بخلاف بيع الفضولى لثبوته بعد الإجازة فيه

ليس للمالك أخذها لأنها تصير ملكا له بالجمع ، وعلى هذا التقاط السنايل ، وبه كان يفتى الصدر الشهيد ، وفي غير موضع تنقيح هذا الجواب : أغنى جواز الانتفاع بهما بما إذا كانت متفرقة ، فإن كانت مجمعة في مكان فلا يجوز الانتفاع بها لأن صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما ألقاها وأعرض عنها بل سقطت منه أو وضعها ليرفعها . وعن أبي يوسف : لو جزّ صوف شاة ميتة كان له أن ينتفع به ، ولو وجدده صاحب الشاة في يده كان له أن يأخذ منه ، ولو دبح جلدها كان لصاحبها أن يأخذها بعد أن يعطيه مازاد الدباغ . وفي الخلاصة : والتفاح والكمثرى والخطب في الماء لا بأس بأخذه (قوله فإن جاء صاحبها أخذها وإلا تصدق بها) أو أكلها إن كان فقيرا ، أو استقرضها بإذن الإمام ويتملكها إن شاء وإن شاء أمسكها أبدا حتى يمضى صاحبها ، وإذا خشي الموت يوصي بها كي لا تدخل في الموارث ، ثم الورثة أيضا يعرفونها ، ومقتضى النظر أنهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها أن يضمونها لأنهم وضعوا أيديهم على لقطة ولم يشهدوا : أى لم يعرفوا ، ويغلب على الظن بذلك أن قصدهم تعميها عن صاحبها ، ويجرى فيه خلاف أبي يوسف وسيأتى الخلاف في ذلك في آخر الباب ، فإن جاء صاحبها (بعد التصديق فهو) بأحد خيارات ثلاث (إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لأن التصديق وإن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه) أى بإذن المالك وحصول الثواب للإنسان يكون بفعل مختار له ولم يوجد ذلك قبل لحوق الإذن والرضا فبالإجازة والرضا يصير كأنه فعل بنفسه لرضاه بذلك . فإن قيل : كيف تلحقه الإجازة وهي تتوقف على قيام المحل وقد يكون محيىء المالك بعد استهلاك الفقير لها ؟ أجاب بأن ذلك فيما يتوقف فيه المالك على الإجازة كما في بيع الفضولى ، أما هنا فالمالك يثبت قبل ذلك شرعا لأن الأمر بالتصدق عند عدم ظهور المالك بعد التعريف لا يفيد مقصوده دون ملك المتصدق عليه ، وإذا ثبت المالك قبلها ومعلوم أنه مطلق للتصرف وحال الفقير يقتضى سرعة استهلاكها ثبت عدم توقف اعتبارها على قيام المحل بعد ثبوت اعتبارها بعد الاستهلاك شرعا إجماعا

مجمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لأن صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما ألقاها (قوله فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها) يعنى إن جاء صاحبها بعد التعريف دفعها إليه أيضا لا عين حقه المستحق الدفع إليه كما في بيع الفضولى (وإلا) أى وإن لم يمضى فهو بالخيار (إن شاء) تصدق بها أيضا لا لعوض المستحق وهو الثواب على اعتبار إجازته التصديق بها على مستحقه (وإن شاء أمسكها رجاء) للظفر بصاحبها ، فإن جاء صاحبها بعد ما تصدق بها

= ثم قال : وفي الحديث الذى رواه أبي بن كعب رضى الله تعالى عنه دليل لما قلنا أن التقدير بالحول في التعريف ليس بلازم ، ولكنه يعرفها بحسب ما يطلبها صاحبها ، ألا يرى أن المائة دينار لما كان مالا عظيما كيف أمره رسول الله عليه الصلاة والسلام بأن يعرفها ثلاث سنين انتهى . فيفهم منه أن اللاتقيد يعرفها أكثر من حول عند شمس الأئمة بحسب ظنه . وفي المحيط البرهاني والفتاوى أبي جعفر : كان يقول إذا بلغ مالا عظيما بأن كان كيس فيه ألف درهم أو مائة دينار يعرف ثلاثة أحوال ، وكان القاضي الإمام أبو علي النسب يحكى عن الشيخ الإمام أنه كان يروى عن محمد أنه يعرف اللقطة ثلاث سنين قل أو أكثر (قوله فالظاهر أنه ما ألقاها) أقول : بل سقطت منه (قال المصنف : فلا يتوقف على قيام المحل) أقول : والأظهر عنى أن فاعل لا يتوقف هو الضمير . الرجاء إلى الإجازة .

(وإن شاء ضمن الملتقط لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه إلا أنه بإباحة من جهة الشرع ، وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة الخمصة ، وإن شاء ضمن المسكين إذا هلك في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه ، وإن كان قائما أخذه لأنه وجد عين ماله . قال (ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير) وقال مالك والشافعي : إذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل .

حتى ينتقل إليه الثواب (وإن شاء ضمن الملتقط لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه) فإن قلت : لكنه بإذن الشرع وإباحة منه . قلنا : الثابت من الشارع إذنه في التصديق لا إيجابه (هذا) القدر (لا ينافي) وجوب الضمان (حقا للعبد كما في) إذنه (في تناول مال الغير عند الخمصة) والمروء في الطريق مع ثبوت الضمان ، فإذا جاز أن يثبت إذنه مقيدا به كما ذكرنا وجب أن يثبت كذلك لأن الأصل ثبوت ضمان مال العبد على المتصرف فيه بغير إذنه (وإن شاء ضمن المسكين) إذا كان المدفوع إليه (هلك في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه) فإن قلت : إذا قبضها الفقير ثبت ملكه فيها بإذن الشرع فكيف يسترجعها . أجب بأن لا مانع من ثبوت الملك بإذن الشرع مع ثبوت حق الاسترداد كما في الهبة . والمرتب : الراجع من دار الحرب مسلما بعد أخذ الورثة ماله بعد الحكم بالحاق ، وإذا كان كذلك جعل كذلك عند عدم إذنه (وإن كان قائما أخذه لأنه وجد عين ماله) وما نقل عن القاضي أبي جعفر من أنه إنما يجمع على الملتقط إذا تصدق بغير أمر القاضي ، أما إذا كان بأمره فلا يرجع ردوه بأنه خلاف المذهب ، فإنه لو تصدق القاضي بنفسه كان للمالك أن يضمه إذا جاء فضلا عن الملتقط المتصدق بأمره ، وهذا لأن القاضي ناظر للغيب في أموالهم حفظها لا إتلافها فلا ينفذ من إتلافه إلا ما لمز به شرعا القيام والتصديق ليس كذلك (قوله) ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير . وقال مالك والشافعي (وأحد) إذا وجد البقر والبعير في الصحراء فالترك أفضل ،

الملتقط بإذن الحاكم فهو بالخيار ، إن شاء أهضى الصدقة وله ثوابها لأن التصديق إن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه فيتوقف على إجازته . فإن قيل التوقف على الإجازة يقتضي قيام المحل عندها كما في بيع الفضولي وليس بلازم ؛ حتى لو أجاز المالك بعد هلاكها صحت الإجازة . وأجاب بأن الملك يثبت للفقير قبل الإجازة لأن الملتقط لما كان مأذونا في التصديق شرعا ملك الفقير بنفسه الأخذ لأن التصديق من أسباب الملك فلم يتوقف ثبوت الملك على وجود المحل عند الإجازة : فإن قيل : لو ثبت الملك للفقير قبل الإجازة لما ثبت للمالك حق الأخذ إذا كان قائما في يد الفقير : أجب بأن ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالأهبة يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له ، وكالمرتد إذا عاد من دار الحرب مسلما بعد ما قسمت أمواله بين ورثته فإنه يأخذ ما وجدته قائما بعد ثبوت الملك له ، بخلاف بيع الفضولي فإن الملك فيه للمشتري إنما يثبت بعد إجازة المالك بيعه فلا بد من قيام المحل لئلا يلزم تملك العين المعدومة وكما يشترط قيام المحل يشترط قيام البائع والمشتري والمالك أيضا ، وسيجيء تمامه في البيوع إن شاء الله تعالى ، وإن شاء ضمن الملتقط وهو ظاهر . فإن قيل كيف يصح تضمينه وقد تصدق بها بإذن الشرع ؟ أجب بقوله (إلا أنه بإباحة من جهة الشرع) يعني أن الإذن كان إباحة منه لا إلزاما ، ومثل ذلك الإذن يسقط الإثم ولا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة الخمصة (وإن شاء ضمن المسكين) لما ذكره في الكتاب وهو واضح (وإن كانت العين قائمة أخذها لأنه وجد عين ماله) وحاصله أن المالك إن لم يجز الصدقة فلا يخلو إما أن تكون العين قائمة في يد الفقير أو هالكة ، فإن كانت قائمة أخذها ، وإن كانت هالكة فإن شاء ضمن الملتقط وإن شاء ضمن الفقير ، وأيهما ضمنه لا يرجع على صاحبه بشيء ، فإن كلا منهما ضامن بفعله الملتقط ؛ بالتسليم بغير إذن المالك والفقير بالتسليم بدونه . لا يقال : الفقير مغرور من جهة الملتقط فيرجع عليه لأن التغير إذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئا . وقوله (ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير) ظاهر

وعلى هذا الخلاف الفرس . لهما أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة والإباحة مخافة الضياع ، وإذا كان معها ما تدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب إلى الترك . ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة (فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع) لقصور ولايته عن ذمة المالك ، وإن أنفق بأمره كان ذلك ديناً على صاحبها لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له وقد يكون النظر في الإنفاق على مانبين

وعلى هذا الخلاف الفرس (لم) أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة وإباحة الالتقاط مخافة الضياع ، وإذا كان معها ما تدفع عن نفسها به (كالقرن مع القوة في البقر والفرس مع الكدم وزيادة القوة في البعير والفرس (يقل) ظن (الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة في الأخذ والندب إلى الترك) هذا ، ولكن كلامهم يقتضي أن الخلاف في جواز الأخذ وحله وهو الظاهر (ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة) لكن هذا قياس معارض بما روى أصحاب الكتب الستة كلهم عن يزيد مولى المنبث عن زيد بن خالد الجهني قال : « جاء رجل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال : اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا فشاؤك بها ، قلت : فضالة الغنم ؟ قال : هي لك أو لأخيك أو للذئب ، وفي الصحيح « قال خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب ، قال : فضالة الإبل ؟ قال : مالك ولها ؟ معها سقاؤها وحذاؤها ، ترد الماء وتأكل الشجر فذرهما حتى يجدها ربها » وروى أبو داود عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقرة حتى توارت فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يؤول الضالة إلا ضال » وقال صلى الله عليه وسلم « إن ضالة المسلم حرق النار » رواه الجماعة . أجاب في المبسوط بأن ذلك كان إذ ذاك لغلبة أهل الصلاح والأمانة لاتصل إليها يد خائنة ، فإذا تركها وجدتها ، وأما في زماننا فلا يأمن وصول يد خائنة إليها بعده ، ففي أخذها إحياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى . ومقتضاه أنه إن غلب على ظنه ذلك أن يجب الالتقاط وهذا أحق . فإننا نقطع بأن مقصود الشارع وصولها إلى ربها وأن ذلك طريق الوصول ، فإذا تغير الزمان وصار طريق التلف فحكمه عنده بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ والرد . وأقصى ما فيه أن يكون عاماً في الأوقات خص منها بعض الأوقات بضرورة العقل من الدين لو لم يتأيد بحديث عن عياض بن حماد « أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الضالة فقال : عرفها فإن جاء ربها وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء ، فتأيد به زيادة بعد تمام الوجه (قوله فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك) أي عن أن يشغلها بالدين بلا أمره (وإن أنفق بأمره كان ديناً عليه لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له ، وقد يكون النظر في الإنفاق على مانبين) الآن

سوى ألفاظ نذكرها . وقوله (والإباحة) أي إباحة الأخذ . وقوله (وإذا كان معها) أي مع اللقطة ما تدفع به عن نفسها : يعني ما يهلكها . كالقرن في البقر وزيادة القوة في البعير بكلمته ونفعه وكذلك في الفرس . وقوله (فيقضى بالكراهة) أي كراهة الأخذ .

(قوله لأن التنزيه إذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئاً) أقول : لعل المراد عقد المعاوضة (قوله في البعير بكلمته ونفعه) أقول : الكدم (العنق بادق الفم ، والتفح بالحاء المهمله : الضرب بالرجل .

(وإذا رفع ذلك إلى الحاكم نظر فيه ، فإن كان البيعة منفعة آجرها وأنفق عليها من أجرها) لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير إلزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق (وإن لم تكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها) إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة (وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن في ذلك وجعل النفقة ديناً على مالها) لأنه نصب ناظراً وفي هذا نظر من الجاهلين ، قالوا : إنما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالها ، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها لأن دارة النفقة مستأصلة فلانظر في الإنفاق مدة مديدة . قال رضي الله تعالى عنه : وفي الأصل شرط إقامة البيعة وهو الصحيح لأنه يحتمل أن يكون غصباً في يده فلا يأمر فيه بالإنفاق وإنما يأمر به في الوديعة فلا بد من البيعة لكشف الحال وليست البيعة تقام للقضاء .

(فإذا رفع إلى الحاكم فإن كان البيعة منفعة) وثم من يستأجرها (آجرها وأنفق عليها من أجرها) لأن فيه إبقاء العين على ملك مالها بلا إلزام دين عليه ، وكلنا يفعل بالعبد الآبق (وإن لم تكن لها منفعة) أو لم يجد منه من يستأجرها (وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة) فإن الثمن يقوم مقام العين إذ يصل به إلى مثله في الجملة (وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن) له (في ذلك وجعل النفقة ديناً عليه) إذ (فيه نظر من الجاهلين) جانب المالك بإبقاء عين ماله له وجانب الملتقط بالرجوع (قال المشايخ : إنما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة على قدر ما يرجى أن يظهر مالها ، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها لأن دارة النفقة مستأصلة للعين معنى ، بل ربما تذهب العين ويفضل الدين على مالها ، ولا نظر في ذلك أصلاً بل ينبغي أن لا ينفذ من القاضي ذلك لو أمر به للتيقن بعدم النظر ، وإذا باعها أعطى الملتقط من ثمنها ما أنفق في اليومين أو الثلاثة ، لأن الثمن مال صاحبها والنفقة دين عليه يعلم القاضي ، وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه ، والقاضي أن يعينه عليه ، ولو باعها بغير أمر القاضي لا ينفذ ويتوقف على إجازة المالك ، فإن جاء وهي قائمة في يد المشتري فإن شاء أجاز البيع وإن شاء أبطله وأخذها من يده ، وإن جاء وهي هالكة فإن شاء ضمن المشتري قيمتها وإن شاء ضمن البائع ، فإن ضمن البائع نفذ البيع لأنه ملك اللقطة من حين أخذها وكان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة (وفي الأصل) يعني المبسوط (يشترط البيعة) فإنه قال : فإن كان رفضها إلى القاضي وأقام بيعة أنه التقطها أمراً أن ينفق وصححه المصنف (لأنه يحتمل أنه غصبها ، ولا يأمر بالنفقة إلا في الوديعة) وهذه البيعة (لكشف الحال) أي لينكشف للقاضي أنه التقطها لا للقضاء فلا يحتاج إلى خصم له ، ذكره في المبسوط . وفي الذخيرة :

وقوله (وفي هذا نظر من الجاهلين) أي من جانب المالك بإبقاء عين ماله ، ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما أنفق على اللقطة . وقوله (فإذا لم يظهر يأمر ببيعها) قيل فإذا أمر ببيعها فبيعت أعطى القاضي من ذلك الثمن ما أنفق يأمره في اليومين والثلاثة لأن الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم للقاضي فيعينه على أخذ حقه ، لأن الغريم إذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه فكان للقاضي أن يعينه على ذلك . وقوله (وفي الأصل شرط إقامة البيعة) يعني أن الملتقط يقيم البيعة على أن هذه البايعة لقطة عنده . فإن قيل : البيعة إنما تقام على المدعى عليه المتكرر وليس بموجود هنا . أجاب بقوله (وليست تقام للقضاء) أي هذه البيعة تقام

(قال المصنف : وكذا يفعل بالعبد الخ) أقول : قال الإتياني : أي يؤجر الآبق وينفق عليه من أجره . قال في خلاصة الفتاوى : لو احتاجت اللقطة إلى النفقة ينفق بأمر القاضي ، والأولى أن يأمر القاضي بأن يؤجر العير والثور فينفق عليه من غلته . ثم قال : والعبد اتصال كلاك ، ثم قال : والآبق لا يؤجر ، فإن تناولت المدة فالأولى أن يبيعه انتهى . وعلة في المحيط بأنه لا يأمن أن يأتى ثانياً (قال المصنف : فلا بد من البيعة لكشف الحال الخ) أقول : فاندفع به ما يقال البيعة لا تقبل من غير خصم حاضر ، فإن اشتراط الخصم في البيعة يقام

وإن قال لا بينة لي بقول القاضى له أنفق عليه إن كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك إن كان صادقا ، ولا يرجع إن كان غاصبا . وقوله في الكتاب وجعل النفقة ديننا على صاحبها إشارة إلى أنه إنما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة إذا شرط القاضى الرجوع على المالك ، وهذه رواية وهو الأصح : قال (وإذا حضر) يعنى (المالك فلملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة) لأنه حتى بنفقتة فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع ، وأقرب من ذلك راد الآبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ، ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ، ويسقط إذا هلك بعد الحبس لأنه يصير بالحبس شبيه الرهن .

الإمام خصم فيها عن صاحبها (وإن قال) الملتقط (لا بينة لي بقول له أنفق عليها إن كنت صادقا) وفي الذخيرة : يقول له ذلك بين يدي الثقات بأن يقول أمرته بالمبيع أو الإتفاق إن كان الأمر كما قال (وقوله في الكتاب وجعل النفقة ديننا على صاحبها) إشارة إلى أنه إنما يرجع (إذا شرط القاضى) ذلك (وهذا رواية وهو الأصح) وقبل يرجع بمجرد أمره ، وقد مر في اللقيط (وإذا حضر المالك فلملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لأنه حتى بنفقتة فصار كأنه استفاد الملك منه فأشبه المبيع . وأقرب من ذلك راد الآبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا) من التشبيه بالمبيع (ولا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ، ويسقط إذا هلك بعد الحبس لأنه يصير بالحبس كالرهن) من حيث تعلق حقه به كالوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من ماله له أن يرجع على الموكل ، ولو هلك قبل الحبس لا يسقط عن الموكل ، ولو هلك بعده سقط لأنه كالرهن بعد اختيار الحبس ، هكذا ذكره المصنف ولم يحك خلافا وحافظ الدين في الكافي أيضا ، فيفهم أنه المذهب . وجعل القدورى هذا قول زفر . قال في التريب : قال أصحابنا : وأنفق على اللقطة بأمر القاضى وحبسها بالنفقة فهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لأنها دين غير بدل عن عين ولا عن عمل منه فيها ولا يتناولها : أى العين عقد يوجب الضمان . وصرح في الينابيع بعدم السقوط عن علمائنا الثلاثة فقال : لو أنفق الملتقط على اللقطة بأمر الحاكم وحبسها ليأخذ ما أنفق عليها فهلكت لم تسقط النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر . وحاصل الوجه المذكور في التريب في الحكم : أعنى السقوط لعدم دليل السقوط ، فإن الدين ثابت وليس العين الملتقطة رهنا ليسقط بهلاكها إذ لم يتناولها عقد الرهن . والمصنف أوجد الدليل وهو الإلحاق بالرهن وإن لم يكن من حقيقته لكن النقل كما رأيت . وأما ما نقل عن أبي يوسف أنه

لاستكشاف الحال بأنه لقطة لا للقضاء على المدعى عليه . وقوله (وإن قال لا بينة لي) أى الملتقط قال لا بينة لي على أنها لقطة عندي ولكنها لقطة يقول القاضى للملتقط أنفق عليها إن كنت صادقا فيما قلت ، وإنما يقول بهذا التردد حذرا عن لزوم أحد الضررين ، لأنه لو أمر قطعا تضرر المالك بسقوط الضمان على تقدير الغصب ، ولو لم يأمر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة وقد أنفق عليها . وقوله (إذا شرط القاضى الرجوع على المالك) متصل بقوله إنما يرجع : أى إنما يرجع الملتقط على المالك إذا شرط القاضى الرجوع على المالك ، وهذه هي الرواية التي ذكرناها في مسائل اللقيط بقوله والأصح أن يأمر القاضى الملتقط بالإتفاق على أن يكون ديننا على اللقيط ، فحينئذ يرجع على اللقيط وإلا فلا ، فهذا احتراز عن قول بعض أصحابنا إن مجرد أمر القاضى بالإتفاق عليه يكفي للرجوع . قال (وإذا حضر : يعنى المالك) كلامه ظاهر . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه حتى بنفقتة ، يقال

== لقضاء لا فيما يقام لكشف الحال (قوله يقول القاضى للملتقط) أقول : يعنى عند الثقات (قوله إشارة إلى قوله لأنه حتى بنفقتة) الخ
أقول : فيه تأمل بل هو إشارة إلى قوله كأنه استفاد الملك من جهته .

قال (ولقطة الحل والحرم سواء) وقال الشافعي : يجب التعريف في لقطة الحرم إلى أن يجيء صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام في الحرم « ولا يحل لقطتها إلا لمنشد » ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة » من غير فصل ولأنها لقطة ، وفي التصديق بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرهما ، وتأويل ما روى أنه لا يحل الالتقاط إلا للتعريف ، والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط التعريف فيه لمكان أنه للغرباء ظاهرا .

ليس له حبسها أصلا فأبلغ (قوله ولقطة الحل والحرم سواء) وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول . وفي قول يعرفها أبدا حتى يجيء صاحبها لا حكم لها سوى ذلك من تصديق ولا تملك لقوله صلى الله عليه وسلم فيما ثبت في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه « لما فتح الله مكة قام النبي صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه وقال : إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين ، وإنها لم تحل لأحد قبلي وإنما أحلت لي ساعة من نهار ، وإنها لا تحل لأحد بعدى ، لا ينزف صيدها ولا يختل شوكها ولا تحل ساقطها إلا لمنشد » الحديث . المنشد : المعروف ، والناشد : الطالب : قال المثقب :

يسبح للنبأ أسماعه
إساخته المنشد للناشد

ويروي يصيح وهو بمعناه . فالفعل من الأول أنشد الضالة ينشدها ، وأنشدها إنشادا : إذا عرفها ، ومن الثاني نشدتها أنشدها نشدا ونشدانا بكسر النون : إذا طلبتها (ولنا إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم) في حديث زيد بن خالد الجهني وغيره وسئل عن اللقطة فقال (اعرف عفاصها) أى وعاءها من جلد أو خرقه ونحوها (ووكاءها) أى رباطها الذى شدت به وعرفها سنة وتقدم ، فإذا أن يقضى العام على الخاص ولما أن يتعارض فيحمل كل على محمل وهو أولى ، لكن لاتعارض لأنه معناه : لا يحل الالتقاط إلا لمن يعرف ولا يحل لنفسه . وتخصيص مكة حينئذ لدفع وهم سقوط التعريف بها بسبب أن الظاهر أن ما وجد بها من لقطة فالظاهر أنه للغرباء وقد تفرقوا فلا يفيد التعريف فيسقط كما يسقط فيما يظهر لإباحته ، فبين عليه الصلاة والسلام أنها كغيرها من البلاد في وجوب

نشدت الضالة : أى عرفها ، وأنشدها : أى طلبتها . ومعنى الحديث الذى ذكره الشافعي رحمه الله : « لا تحل لقطة مكة إلا لمنشدها » أى طالبها ، وهو المالك عنده والمعرف عندنا العفاص وهو الوعاء الذى تكون فيه النفقة من جلد أو خرقه أو غير ذلك ، والوكاء الرباط ، يقال أوكى السقاء : شده بالوكاء وهو الرباط الذى يشده . وقوته (إبقاء ملك المالك من وجه) يعنى من حيث تحصيل الثواب (فيملكه كما في سائرهما) أى في سائر اللقطات (وتأويل ما روى) من قوله عليه الصلاة والسلام « لا تحل لقطتها إلا لمنشدها » أى لا يحل التقاطها إلا للتعريف : فإن قيل ما وجه تخصيص هذا المعنى بالحرم ؟ أجاب بقوله (والتخصيص بالحرم) وبيانه أن مكة شرفها الله تعالى مكان

(قوله يقال نشدت الضالة أى عرفها) أقول : في الصحاح نشدت الضالة أنشدها نشدا ونشدانا : أى طلبتها ، وأنشدها : أى عرفها . وأما قول أبي ذؤاد :

ويصيح أحيانا كما
تبع المضل لصوت فاشد

فهو المعروف هاهنا ، ويقال هو الطالب لأن المضل يشبه أن يجد مضلا مثله ليعتري به اه . ففى تقرير الشارح قصور لا يخفى ، وقوله والمعرف مثاق لا يلزم لما سبق حيث لم يبين فى الإنشاء معنى التعريف (قال المصنف : لقوله عليه الصلاة والسلام فى الحرم « ولا تحل لقطتها إلا لمنشدها ») أقول : معناه على الدوام وإلا لم تظهر فائدة التخصيص (قال المصنف : لا يحل الالتقاط إلا للتعريف) أقول : فى الحديث حذف المضاف .

(وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة ، فإن أعطى علامتها حلٌ للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء) . وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى : يجبر ، والعلامة مثل أن يسمى وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها . لهما أن صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك ، فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ، ولا تشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه . ولنا أن اليد حق مقصود كالمالك فلا يستحق إلا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك إلا أنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عليه الصلاة والسلام « فإن جاء صاحبها وعرف عقابها وعددها فادفعها إليه » وهذا للإباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى » الحديث

التعريف ، وقد ثبت في صحيح مسلم « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لقطة الحاج » . قال ابن وهب : يعني يتركها حتى يجيء صاحبها ، ولا عمل على هذا في هذا الزمان لفشو السرقه بمكة من حوالى الكعبة فضلا عن المترك . والأحكام إذا علم شرعيتها باعتبار شرط ثم علم ثبوت ضده متضمنا مفسدة بتقدير شرعيتها معه علم انقطاعها ، بخلاف العلم بشرعيتها لسبب إذا علم انتفاؤه ، ولا مفسدة في البقاء فإنه لا يلزم ذلك كالرمل والاضطباع في الطواف لإظهار الجلادة (قوله وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة ، فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك بالقضاء . وعند مالك والشافعي) وأحمد (يجبر) وإعطاء علامتها أن يجبر عن وزنها وعددها ووكائها ويصيب في ذلك . والحق أن قول الشافعي كقولنا ، والموجب للدفع مالك وأحمد ، واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم في حديث أبي بن كعب « عرفها ، فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها فأعطه إياها وإلا فاستمتع بها » وأخرجه أيضا عن زيد بن خالد الجهني وفيه « فإن جاء صاحبها وعرف عقابها ووكاءها وعددها فأعطها إياه وإلا فهي لك » وأيضا (فإن صاحب اليد) وهو الملتقط (إنما ينازعه في اليد لا في الملك) لأنه لا يدعيه فكانت منازعته من وجه دون وجه ، فيشترط ما هو حجة من وجه لا من كل وجه وفي الوصف المطابق ذلك فاكنتي به (ولا يشترط البينة لعدم منازعته) من الوجهين جميعا (ولنا أن اليد حق مقصود كالمالك) حتى أن غاصب المدبر يضمن قيمته ولم يفوت غير اليد فيكون مثله لا يستحق إلا بالبينة غير أننا لم نجد له الدفع عند إصابة العلامة بالحديث الذي روي على أن الأمر فيه للإباحة جمعا بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ويأتى إن شاء الله تعالى في الدعوى ،

الغرباء ، لأن الناس يأتون إليها من كل فج عميق ثم يتفرقون بحيث يندر الرجوع إليها ، فالظاهر أنها للغرباء لا يظن عودهم في سنة وأكثر فينبغي أن يسقط التعريف لعدم الفائدة ، فأزال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم بقوله « لا يحل رفع لقطتها إلا لمعرفها » كما هو الحكم في غيرها من البلاد . وقوله (لهما) أى لمالك والشافعي رحمهما الله ، حاصله أن الملتقط منازع من وجه دون وجه فيكتفى في الحجة بذكر الوصف ولا يحتاج إلى إقامة البينة (ولنا أن اليد حق مقصود كالمالك) بدليل وجوب الضمان في غصب المدبر باعتبار إزالة اليد لأنه غير قابل للنقل ملكا . وقوله (وهذا) أى هذا الحديث الأمر فيه وهو قوله فادفعها (للإباحة) أى وجب حمله على الإباحة (لأجل العمل بالمشهور) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فإنه لو لم يحمل على الإباحة وخل على الوجوب لزم التعارض المستلزم للترك . ولقائل أن يقول : الحمل على الإباحة عملا بالمشهور يستلزم عدم جواز الرفع أيضا ، لأن انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز . والجواب أن الشافعي رحمه الله تعالى لم يقل

(قال المصنف : العلامة) أقول : أى إعطاء العلامة على حنف المضاف (قوله لأن انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز) أقول : ذلك عندنا في النسخ وما نحن فيه من قبيل التعارض (قوله والجواب أن الشافعي الخ) أقول : وفيه أنه لا بد لنا من المخلص عن ذلك على رأينا قاه ؟

ويأخذ منه كفيلا إذا كان يدفعها إليه استيثاقا ، وهذا بلا خلاف ، لأنه يأخذ الكفيل لنفسه ، بخلاف التكفيل لو ارث غائب عنده . وإذا صدق قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه . وقيل يجبر لأن المالك هاهنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا ،

والمدعى هنا صاحب اللقطة فعليه البينة ، ثم إذا دفعها بالعلامة فقط يأخذ منه كفيلا استيثاقا . قال المصنف (وهذا بلا خلاف ، لأنه يأخذ الكفيل لنفسه ، بخلاف التكفيل لو ارث غائب عنده) أى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما إذا قسمت التركة بين الغرماء أو الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عنده ، وعندهما يؤخذ . والفرق لأبي حنيفة أن حق الحاضر هنا غير ثابت فيمكن أن يكون المالك غيره فيجىء ويتوارى الآخذ فيحتاط بالكفيل بخلاف الميراث فإن حق الحاضر معلوم ثابت ، وكون غيره أيضا له حق أمر موهوم فلا يجوز تأخير الحق الثابت إلى زمان تحصيل الكفيل بحق موهوم ، وهذا يدل على أن دفع الملتقط لو كان بالبينة لا يأخذ كفيلا وهو الصحيح . وذكر في جامع قاضيه خان أن فيه روايتين ، والصحيح أنه لا يأخذ . وأورد على المصنف أنه نفي الخلاف في التكفيل في اللقطة . وقال في فصل القضاء بالمواريث فيه : أى في أخذ الكفيل عند رفع اللقطة روايتان ، والأصح أنه على الخلاف . على قول أبي حنيفة لا يأخذ وعلى قولهما يأخذ ، هذا إذا دفعه بمجرد العلامة ، فإن صدقه مع العلامة أو لامعها فلا شك في جواز دفعه إليه ، لكن هل يجبر ؟ قيل يجبر كما لو أقام بيعة ، وقيل لا يجبر كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه المودع لا يجبره القاضي على دفعها إليه ، ودفع بالفرق (بأن المالك هنا غير ظاهر) أى المالك الآخذ لهذه اللقطة التي صدق الملتقط مدعيها غير ظاهر ، والمودع في مسألة الوديعة مالك ظاهر ، وإنما أقر للحاضر بحق قبضها وإقراره بحق قبض ملك الغير لا يلزمه إقباضه لأنه إقرار على ملك غيره ، وإذا دفع بالتصديق أو بالعلامة وجاء آخر أقام البيعة أنها له إن كانت قائمة في يد المدعى قضى له بها وهو ظاهر ، وإن كان هالكا خير بين أن يضمن القابض أو الملتقط ، فإن ضمن القابض لا يرجع على أحد ، وإن ضمن الملتقط ففي رواية لا يرجع على القابض وهو قول الإمام أحمد فيما إذا كان الدفع بتصديقه ، وفي رواية يرجع وهو الصحيح .

بانتفاء الجواز لانتفاء الوجوب ، والمصنف رحمه الله تعالى هاهنا في مقام الرفع فجاز أن يدفعه على طريق يلتزمه الخصم . وقوله (بخلاف الكفيل لو ارث غائب عنده) أى عند أبي حنيفة رحمه الله ، وإنما ورد الضمير عليه وإن لم يسبق له ذكر لشهرة حكم تلك المسئلة ، هذا إذا دفع اللقطة بذكر العلامة ، أما إذا دفعها بإقامة الحاضر البيعة على أنها له ففي أخذ الكفيل عنه روايتان ، والصحيح أنه لا يأخذ كفيلا . وقوله (لأن المالك هاهنا غير ظاهر) يعنى فجاز أن يكون المالك هو الذى حضر ، فلما أقر الملتقط بأنه هو المالك كان إقراره ملزما للدفع إليه (وأما المودع فإنه مالك ظاهرا) فبالإقرار بالوكالة لا يلزمه الدفع إليه لأنه غير مالك بيقين ، ثم في الوديعة إذا دفع إليه بعد ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع ليس له أن يرجع على الوكيل بشيء . وهاهنا للملتقط أن يرجع على القابض لأن هناك في زعم المودع أن الوكيل عامل للمودع في قبضه له بأمره وأنه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه إياه ، ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره ، وهاهنا في زعمه أن القابض عامل لنفسه

(قوله قال المصنف وهذا بلا خلاف) أقول : قال الإتيان . وقال في فصل القضاء بالمواريث فيه روايتان . والأصح أنه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ الكفيل خلافا لصاحبيه ، ونفي الخلاف هنا مع إثباته في فصل القضاء كلام متناقض من صاحب النهاية انتهى . قال الشارح أكل الدين : هذا إذا دفع اللقطة بذكر العلامة ، أما إذا دفعها بإقامة الحاضر البيعة على أنها له ففي أخذ الكفيل عنه روايتان ، والصحيح أنه لا يأخذ كفيلا انتهى ، فاندفع التناقض .

ولا يتصدق باللقطة على غنى لأن المأمور به هو التصديق لقوله عليه الصلاة والسلام « فإن لم يأت » يعنى صاحبها ، « فليتصدق به » والصدقة لا تكون على غنى فأشبه الصدقة المفروضة (وإن كان الملتقط غنيا لم يجوز له أن ينتفع بها) وقال الشافعى : يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أنى رضى الله عنه « فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها » وكان من المياسير ، ولأنه إنما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغنى يشاركه فيه . ولنا مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص والإباحة للفقير لما روينا ، أو بالإجماع فيبقى ما وراءه على الأصل ، والغنى محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره فى مدة التعريف ، والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها

وجه قول أحمد أن الملتقط اعترف بأنه مالكمها وصاحب البيئة ظلمه بتضمينه فلا يظلمه هو وصار كالمودع إذا صدق الوكيل بالقبض ودفع إليه ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمنه لا يرجع على الوكيل لزعمه أن الوكيل قبضه بأمره والمودع ظالم فى تضمينه . ولنا أنه وإن صدقه فى الملك لكنه لما قضى بالملك للمدعى بالبيئة فقد صار مكذبا شرعا بتكذيب القاضى فبطل إقراره وصار كأنه دفع بلا تصديق ، ثم ظهر الأمر بخلافه وصار كإقرار المشتري بالملك للبائع إذا استحقه غيره ببيئة ف قضى له به يرجع على البائع ، ومثل هذا يجرى فى إقراره بأنه وكيل المودع . والذى فرق به فى المبسوط أن فى زعم المودع أن الوكيل عامل لغيره وهو المودع فى قبضه له بأمره وليس بضامن ، بل المودع ظلمه فى تضمينه إياه ، ومن ظلم لا يظلم غيره موهنا فى زعمه أن القابض عامل لنفسه وأنه ضامن إذا ثبت الملك لغيره بالبيئة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن انتهى (قوله ولا يتصدق باللقطة على غنى لأن المأمور به هو الصدقة لقوله صلى الله عليه وسلم « فإن لم يأت » يعنى صاحبها ، فليتصدق به » والصدقة لا تكون على غنى فأشبه الصدقة المفروضة) والحديث الذى ذكره هو ما رواه البزار فى مسنده والدارقطنى عن يوسف بن خالد السمنى : حدثنا زياد بن سعد عن سمى عن أبي صالح عن أبي هريرة رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال : لا تحل اللقطة ، فمن التقط شيئا فابعرفه سنة ، فإن جاء صاحبه فليؤده إليه ، وإن لم يأت فليتصدق به ، فإن جاء فليخبره بين الأجر وبين الذى له » وفيه يوسف بن خالد السمنى . وليس للملتقط إذا كان غنيا أن يملكها بطريق القرض إلا بإذن الإمام ، وإن كان فقيرا فله أن يصرفها إلى نفسه صدقة لافرضا فيكون فيه للمالك أجر الصدقة تحقيقا للنظر من الجانبين جانب المالك بحصول الثواب له وجانب الملتقط كما لو كان الفقير غير الملتقط ، ولهذا جاز دفعها إلى فقير غير الملتقط وإن كان أبا الملتقط أو ابنته أو زوجته (وإن كان الملتقط غنيا لما ذكرنا) من تحقيق النظر من الجانبين . وقال الشافعى : له أن يملكها وإن كان غنيا بطريق القرض غير مفتقر إلى إذن الإمام (لقوله صلى الله عليه وسلم « فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فاستمتع بها » قالوا (وأنى كان من المياسير) بدليل ما فى بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم قال « وإلا فهى كسبيل مالك » فقد جعل له مالا ، قلنا : هذه الرواية ليس فيها أن الخطاب لأنى ، فإنها كما فى مسلم عن أبي بن كعب رضى الله عنه

وأنه ضامن بعد ما ثبت الملك لغيره بالبيئة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن بهذا ، كذا فى المبسوط . وقوله (وكان من المياسير) أى الأغنياء جمع الميسور ضد المعسور . وقوله (حملا له على رفعها) أى ليكون حاملا وباعثا على رفعها) وقوله (لإطلاق النصوص) يريد به قوله تعالى - ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل - الخ ، وقوله تعالى - ولا تعتدوا - وقوله - فمن اعتدى عليكم - (قوله والإباحة للفقير لما روينا) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام « فليتصدق به » (قوله والغنى محمول على الأخذ) جواب عن قوله ولأنه إنما يباح للفقير حملا له على رفعها .

وانتفاع أبي رضى الله عنه كان بإذن الإمام وهو جائز بإذنه (وإن كان الملتقط فقيرا فلا بأس بأن ينتفع بها) لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع إلى فقير غيره (وكذا إذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته وإن كان هو غنيا) لما ذكرنا ، والله أعلم .

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اللقطة «عرفها سنة ، فإن جاء أحد ، إلى أن قال : فهى كسيل مالك» وظاهر هذا أنه يحكى قوله لسائل يسأله ، وجاز كون ذلك كان فقيرا . ثم هنا ما يدل على فقر أبي رضى الله عنه صلى الله عليه وسلم . وهو ما فى الصحيحين عن أبي طلحة «قلت : يا رسول الله إن الله تعالى يقول - لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون - وإن أحب أموالى إلى بريحاء ، فما ترى يارسول الله ؟ فقال : اجعلها فى فقراء قريبك ، فجعلها أبو طلحة فى أبي وحسان » وهذا صريح فى أن أبيا كان فقيرا ، لكنه يحتمل أنه أيسر بعد ذلك ، إلا أن قضايا الأحوال إذا تطرف إليها الاحتمال سقط بها الاستدلال . وأما ما فى حديث زيد بن خالد «جاء رجل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال : اعرف ، إلى أن قال وإلا فشأنك بها» وفى رواية «فهى لك» فهو أيضا من قضايا الأحوال المتطرق إليها الاحتمال ، إذ يجوز كون السائل فقيرا ، ولو سلم أن الخطاب لأبي لا يخرج عن قضايا الأحوال ذات الاحتمال ، إذ المال لا يلزم كونه نصابا ، وكونه خاليا عن الدين لو كان نصابا فجاز كونه أقل من نصاب ، وكونه مديونا . قالوا : لو كانت اللقطة لا تحل للملتقط إلا بطريق الصدقة فيمتنع إذا كان غنيا لما أكلها على رضى الله عنه وهو لا تحل له الصدقة ، وقد أمره صلى الله عليه وسلم بأكلها فيما أخرجه أبو داود عن سهل بن سعد «أن على بن أبي طالب دخل على فاطمة وحسن وحسين يبيكان فقال : ما يبكيكما ؟ قالت : الجوع ، فخرج على رضى الله عنه فوجد ديناراً بالسوق ، فجاء فاطمة فأخبرها فقالت : اذهب إلى فلان اليهودى فخذ لنا دقيقا ، فجاء اليهودى ، فقال اليهودى : أنت ختن هذا الذى يزعم أنه رسول الله ؟ قال : نعم ، قال : فخذ دينارك والدقيق لك ، فخرج على فأخبر فاطمة فقالت : اذهب إلى فلان الجزار وخذ لنا بدرهم لحما ، فذهب فوهن الدينار بدرهم بلحم ، فعجنت وخبزت وأرسلت إلى أبيها فجاء ، فقالت : يارسول الله أذكر لك فإن رأيت حلالا لنا أكلناه ، من شأنه كذا وكذا ، فقال : كلوا باسم الله ، فأكلوا فبينما هم مكانهم إذا غلام ينشد الله والإسلام الدينار ، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم به فدعى فسأله فقال : سقط منى فى السوق ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : يا على اذهب إلى الجزار فقل له إن رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لك : ارسل إلى بالدينار ودرهمك على ، فأرسل به فدفعه صلى الله عليه وسلم إلى الغلام قلنا : هذا الحديث تكلم فيه باعتبار تضمنه إنفاقه قبل التعريف فدل على ضعفه . وقول المنبرى : ولعل تأويله أن التعريف ليس له صيغة يعتد بها فراجعته لرسول الله صلى الله عليه وسلم على ما من الخلق لإعلان به ، وهذا يؤيد الاكتفاء فى التعريف بمرة غير ظاهر فإنه لم يذكر له ذلك إلا بعد أن اشتروا وخبزوا وأحضروه صلى الله عليه وسلم على الأكل . نعم يجب الحكم بأن عليا عرفه قبل

(قوله وانتفاع أبي) جواب عن استدلاله بحديث أبي رضى الله عنه . وقوله (وهو جائز) أى الانتفاع للغير جائز بإذن الإمام لأنه فى محل مجتهد فيه . وقوله (لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين) يعنى نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ، والله أعلم .

(قال المصنف : وهو جائز بإذنه) أقول : قال الإتيان : أى الانتفاع باللقطة بعد المدة جائز عند الفنى بإذن الإمام على وجه يكون قرضا لو قوعه فى محل مجتهد فيه ، فإن الانتفاع للفنى يجوز عند الشافعى انتهى ، وفيه بحث (قوله أى الانتفاع للغير ، إلى قوله : فى محل الخ) أقول : فيه بحث ، فإن خلاصة استدلال الشافعى أنه لو لم يجز أن ينتفع بها الفنى لما أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لأبي بن كعب رضى الله عنه به إذ هو مبحث لبيان الشرائع ، ولا جواب عن ذلك فيما ذكره ولا معنى لاقتناء إجازته عليه الصلاة والسلام على اجتihad آحاد الأمة فليتأمل .

كتاب الإباق

(الآبق أخذه أفضل في حق من يقوى عليه)

أن يأتي به فاطمة وإن لم يذكر. وقد رواه عبد الرزاق وإسحاق بن راهويه والبخاري وأبو يعلى الموصلي ، وفيه « أنه أتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال : عرفه ثلاثة أيام ، فعرفه فلم يجد من يعرفه ، فرجع فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : شأنك به » وفيه دليل لمختار شمس الأئمة من أن التقدير بحول وغيره ليس بلازم . بل إلى أن تسكن نفسه إلى أن طالبه قطع نظره عنه . وفي سنده أبو بكر بن عبد الله ، قال البخاري على الظن : هو عند أبي بكر بن عبد الله بن أبي سبرة وهو لين الحديث ، وقال عبد الحق : هو متروك . والحق أن الحديث ضعيف من جهة الرواية ومن جهة الاضطراب ، لأن ما في الرواية الأولى من أنهم إنما أعلموه بعد أن اشتروا وصار مهيناً للأكل يناقض ما في الثانية من أنه أعلمه فأمره بتعريفه ثم أمره بأخذه . وفي الأولى أنه دفع عينه للمشدد . وفي الثانية « أنه جعله ديناً عليه وقال : إذا جاءنا أدينناه إليك » وغير ذلك ، والاضطراب موجب للضعف . ثم لو سلمنا حججه كان الثابت به أن استقراضه بإذن الإمام جائز ، وليس هذا محل النزاع كما تقدم ، فلم يثبت بعد جواز اقتراض الملتقط الغني ، فلو سلمنا ضعف حديث أبي هريرة في الصدقة بناء على تضعيف السمتي كفانا جواز التصديق بالإجماع ، ثم هو يثبت أن للملتقط الغني فيها حكماً آخر ، ونحن نطالبه في إثباته بالدليل ولم يتم له عليه دليل فيبقى على الانتفاء .

كتاب الإباق

كل من الإباق واللقيط واللقطة تحقق فيه عرضة الزوال والتلف ، إلا أن التعرف له بفعل فاعل مختار في الإباق فكان الأنسب تعقيب الجهاد به ، بخلاف اللقطة واللقيط ، وكذا الأولى فيه . وفي اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب . والإباق في اللغة : الهرب ، أبى بأبق كضرب يضرب ، والهرب لا يتحقق إلا بالقصد فلا حاجة إلى ما قيل هو الهرب قصداً . نعم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مفيداً والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق إليه (قوله الآبق أخذه أفضل) من تركه (في حق من يقوى عليه) أي يقدر على حفظه حتى يصل إلى مولاه ، بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم في هذا خلاف ، ويمكن أن يجري فيه التفصيل في اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلفه على المولى إن لم يأخذه مع قدرة تامة

كتاب الإباق

قال صاحب النهاية رحمه الله : هذه الكتب ، أعني اللقيط واللقطة والإباق والمفقود كتب يجانس بعضها بعضاً من حيث أن في كل منها عرضة الزوال والمهلك . والإباق : هو الهرب ، والآبق : هو الهارب من مالكه قصداً (والآبق أخذه أفضل في حق من يقوى) أي يقدر (عليه)

كتاب الإباق

لما فيه من إحيائه ، وأما الضالّ فقد قيل كذلك ، وقد قيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم أخذ الآبق يأتي به إلى السلطان لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه ، بخلاف اللقطة ، ثم إذا رفع الآبق إليه يجبسه ، ولو رفع الضالّ لا يجبسه لأنه لا يؤمن على الآبق الإباق ثانيا ، بخلاف الضالّ قال (ومن ردّ الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما ، وإن ردّه لأقل من ذلك فبحسابه) وهذا استحسان . والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لأنه متبرع بمنافعه فأشبهه العبد الضالّ .

عليه فيجب أخذه وإلا فلا . واختلف في أخذ الضالّ ، قيل أخذه أفضل لما فيه من إحياء النفوس والتعاون على البرّ (وقيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه) منتظرا لمولاه حتى يجده ، ولا يخفى أن انتظاره في مكان غير منزله يخرج عنه ليس بواقع بل نجد الضلال يدورون متحيرين ، لاشك في أن محل هذا الخلاف إذا لم يعلم واجد الضالّ مولاه ولا مكانه ، أما إذا علمه فلا ينبغي أن يختلف في أفضلية أخذه وردّه (قوله ثم أخذ الآبق يأتي به إلى السلطان) أو القاضي فيجب عليه منعه عن الإباق لأنه لا يستطيع حفظه عن إباقه من الأخذ إلا بذلك عادة ، بخلاف اللقطة . أما لو فرض قدرته على ذلك لا يحتاج إلى السلطان ، وبهذا الاعتبار خيره الحلواني بين أن يأتي به إلى السلطان أو يحفظه بنفسه ، وعلى هذا الضالّ والضالة من الإبل وغيرها . وإذا حبس الإمام الآبق فجاء رجل وادعاه وأقام بينة أنه عبده يستحلفه بالله أنه باق إلى الآن في ملكك لم يخرج ببيع ولا هبة ، فإذا حلف دفعه إليه . وهذا لاحتمال أنه عرض بعد علم الشهود بثبوت ملكه على وجه زواله بسبب لا يعلمونه ، وإنما يستحلفه مع عدم خصم يدعي لصيانة قضائه عن الخطأ ونظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر أو موهوب له ، ثم إذا دفعه إليه عن بينة في أولوية أخذ الكفيل وتركه روايتان ، وكما يدفعه بالبينه يدفعه بإقرار العبد أنه له ، ويأخذ من المدفوع إليه هنا كفيلا رواية واحدة ، وينفق عليه مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذه من صاحبه فيرده في بيت المال ، بخلاف اللقيط لا يؤخذ منه إذا كبر مال بيت المال لأنه كان مستحقا له بفقره وعجزه عن الكسب ، بخلاف مالك العبد ، وإذا لم يجز للعبد طالب وطالت مدته باعه القاضي وأمسك ثمنه بعد أخذه ما أنفق لبيت المال منه ، فإذا جاء مالكة وأقام بينة وهو قائم في يد المشتري لا يأخذه ولا ينتقض بيع القاضي لأنه كحكمه ، بخلاف الضالّ إذا طالت مدته فإنه يؤجره وينفق عليه من أجرته لأنه لا يخشى إباقه فلا يبيعه ، أما الآبق فيخشى ذلك منه فلذلك يبيعه ولا يؤجره ، وينبغي أن يقدر الطول بثلاثة أيام كما تقدم في الضالة الملتقطة لأن دارة النفقة مستأصلة ، ولا نظر في ذلك للمالك بحسب الظاهر (قوله ومن ردّ الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما) فضة بوزن سبعة مثاقيل (وإن ردّه لأقل من مسيرة سفر) فبحسابه ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط بأن يقول من ردّ على عبدي فله كذا كما إذا ردّ بهيمة ضالة أو عبدا ضالا . وجه القياس أن الراد تبرع

لما فيه من إحيائه) إذ الآبق هالك في حق المولى فيكون الرد إحياء له (وأما الضالّ) هو الذي لم يهتد إلى طريق منزله من غير قصد فقيل إنه كذلك ، وقيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه فيجده المالك ، ولا كذلك الآبق ، ثم أخذ الآبق يأتي به إلى السلطان لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه) وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي ، وأما اختيار شمس الأئمة الحلواني فهو أن الراد بالخيار إن شاء حفظه بنفسه وإن شاء دفعه إلى الإمام ، وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار . وقوله (ثم إذا دفع الآبق إليه يجبسه) ظاهر .

ولنا أن الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل ، إلا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب ما دونها ، فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا بينهما ،

بمنافعه في ردة ، ولو تبرع بعين من أعيان ماله لا يستوجب شيئا فكذا هذا . وقولنا قول مالك وأحمد في رواية . قال المصنف في وجه الاستحسان (ولنا إجماع الصحابة على أصل الجعل ، إلا أن منهم من أوجب الأربعين ومنهم من أوجب ما دونها) وذلك أنه ظهر الفتوى به من غير واحد من حيث لا يخفى فلم ينكره أحد . وذلك أن محمدا رحمه الله روى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن أبي عمرو الشيباني قال : «كنت قاعدا عند عبد الله بن مسعود ، فجاء رجل فقال : إن فلانا قدم بإيق من الفيوم ، فقال القوم لقد أصاب أجرا ، قال عبد الله : وجعلنا إن شاء الله من كل رأس أربعين» . وروى أبو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه أيضا ، وروى عبد الرزاق في مصنفه قال : أخبرنا سفيان الثوري عن أبي رباح عبد الله بن رباح عن أبي عمرو الشيباني قال : «أصبت غلمانا أباقا بالغين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال : الأجر والغنيمة ، قلت هذا الأجر فما الغنيمة ؟ قال : أربعون درهما من كل رأس» . وروى ابن أبي شبة : حدثنا محمد بن يزيد عن أيوب عن أبي العلاء عن قتادة وأبي هاشم أن عمر رضي الله عنه قضى في جعل الآبق أربعين درهما . وروى أيضا عن وكيع : حدثنا سفيان عن أبي إسحاق قال «أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهما» . وروى أيضا عن يزيد بن هارون عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب «أن عمر رضي الله عنه جعل في جعل الآبق دينار أو اثني عشر درهما» . وروى أيضا عن يزيد بن هارون عن حجاج عن حصين عن الشعبي عن الحرث عن علي رضي الله عنه «أنه جعل في جعل الآبق دينار أو اثني عشر درهما» وأخرج هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في العبد الآبق يوجد في خارج الحرم بدینار أو عشرة دراهم» . وهذا حديث مرفوع مرسل . والمفهوم من خارج الحرم في المتبادر القرب لا قدر مسيرة سفر عنه ، وعن هذا روى عمار «أن أخذ في المصر فله عشرة ، وإن أخذه خارج المصر فله أربعون» ، لعله اعتبر الحرم كالمكان الواحد . وقول المصنف (إلا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب دونها) يريد المروي عن عمر وعلي ، وقد علمت الرواية عن عمر أيضا أن الجعل أربعون ، وسنده أحسن من الأخرى ، والرواية عن علي مضعفة بالحرث المذكور فكانت رواية ابن مسعود أقوى الكل فرجحناها ، وكذا قول البيهقي في سننه : هو أمثل ما في الباب ، وإنما يؤخذ بالأقل إذا ساوى الأكثر في القوة . وقيل إنما يؤخذ به إذا لم يمكن التوفيق بين الأقاويل ، وهنا يمكن إذ تحمل روايات الأربعين على ردة من مسيرة السفر وروايات الأقل على ما دونها ، ويحمل قول عمار خارج المضر على مدة السفر (والتلفيق) الضم لفقت الثوب ألفقه : إذا ضمنت

وقوله (ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل ، إلا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب ما دونها) قال عمر رضي الله عنه في جعل الآبق : دينار أو اثنا عشر درهما . وقال علي رضي الله عنه في جعل الآبق دينار وعشرة دراهم . وقال ابن مسعود رضي الله عنه : أربعون درهما . وقال عمار بن ياسر رضي الله عنه : إن ردة في المصر فله عشرة دراهم ، وإن رده في خارج المصر استحق أربعين (فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا) أي جمعا بين الروايات المتعارضة . فإن قيل : كان الواجب أن يؤخذ بأقل المقادير لتيقنه . أجيب بأنه لم يؤخذ بالأقل لأن التوفيق بين أقاويلهم ممكن بأن يحمل قول من أفتى بالأقل على ما إذا رده مما دون مسيرة السفر ، وقول من أفتى بالأكثر على ما إذا رده من مسيرة السفر ، وهذا أولى

(قوله أي جمعا بين الخ) أقول : أي بقدر الإمكان .

ولأن إيجاب الجعل أصله حامل على الرد إذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة أموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ، ولأن الحاجة إلى صيانة الضال دونها إلى صيانة الآبق لأنه لا يتوارى والآبق يخفى ، ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما أو يفوض إلى رأى القاضى وقيل تقسم الأربعون على الأيام الثلاثة إذ هي أقل مدة السفر . قال (وإن كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته إلا درهما) قال رضى الله عنه : وهذا قول محمد . وقال أبو يوسف رحمهما الله : له أربعون درهما . لأن التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا

شقه إلى شقه ، ولأن نصب المقادير لا يعرف إلا سماعا فكان للموقوف على الصحابة حكم المرفوع ، وأصحها حديث ابن مسعود فهو بعد كونه مثبتا للزيادة وزيادة العدل مقبولة راجع . ولا يخفى ما في هذا (ولأن إيجاب أصل الجعل حامل على الرد إذ الحسبة) وهو رده احتسابا عند الله تعالى مع ما فيه من زيادة التعب والنصب نادرة فشرع للمصلحة الرجعة إلى العباد من صيانة أموالهم عليهم (وتقدير الجعل) إنما يدري (بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع) إلحاقه به قياسا ودلالة أيضا لأن الحاجة إلى صيانة الضال في رده دونها في رد الآبق لما في رده من زيادة التحفظ في حفظه والاحتياط في مراعاته كى لا يأتى ثانيا مما ليس في رد الضال منه شيء ، ولو كان الآبق لرجلين فصاعدا فالجعل على قدر النصيب ، فلو كان البعض غائبا فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطى تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب الغائب فيرجع عليه لأنه مضطر فيما يعطيه لأنه لا يصل إلى نصيبه إلا به ، هذا كله إذا رده بلا استعانة ، فلو أن رجلا قال لآخر : إن عبدى قد أبق فإذا وجدته خذ فوجده فرده ليس له شيء ، لأن مالكة استعانة به ووعدته الإعانة والمعين لا يستحق شيئا . وقوله (وما دونه فيما دونه) أى أوجبنا مادون الأربعين فيما دون السفر ، وذلك لأننا لما عرفنا إيجاب الجعل بكل من نقل عنه مقدار وذلك هو الواجب ، فإذا حملنا بعضه على مادون السفر كان ذلك حكما بالإيجاب فيما دون السفر ، لأنه ما ذكر ذلك إلا على أنه واجب (قوله ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما) أى المالك والراد أو يفوض إلى رأى القاضى يقدره على حسب ما يراه ، قالوا : وهذا هو الأشبه بالاعتبار . وقال بغض المشايخ (تقسم الأربعون على الأيام الثلاثة) لكل يوم ثلاثة عشر وثلاث (قوله وإن كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته إلا درهما) قال المصنف (وهذا قول محمد) وهو قول أبى يوسف الأول كما قال أبو يوسف آخر (له أربعون) وإن كانت قيمته درهما واحدا ، ولم يذكر قول أبى حنيفة في عامة كتب الفقه ، وذكر في شرح الطحاوى مع محمد وجه أبى يوسف (أن التقدير بها ثبت بالنص) أى قول ابن مسعود وعمر ووجب اتباعهما ، والمراد بالنص إجماع الصحابة بناء على عدم مخالفة من سواهما لوجوب حمل قول

لأنه يعمل بكل منهما . وقوله (والتقدير بالسمع) جواب عن قياس الآبق على الضال في عدم وجوب الجعل . وفي قوله (ولأن الحاجة لإشارة إلى نفي الإلحاق دلالة لأنها تقتضى التساوى بين الأصل والملحق وليس بموجود . وقوله (ويقدر الرضخ) تفصيل لقوله وإن رده لأقل من ذلك فيحسابه ، فإن عملوا بالقسمة كان لكل يوم ثلاثة عشر درهما وثلاث درهم . قيل والأشبه التفويض إلى رأى الإمام .

(قال المصنف : ولأن إيجاب الجعل أصله حامل على الرد إذ الحسبة نادرة) أقول : المراد الحسبة المخصوصة فإن فيها من التعب والنصب ما لا يخفى (قوله والتقدير بالسمع) أقول : قوله والتقدير مبتدأ وقوله بالسمع خبره (قال المصنف : ولا سمع بالضال فامتنع) أقول : لا يقال هذا لا يدل على امتناع إيجاب الأصل بل على امتناع التقدير فليكن الزاى إلى السلطان . لأننا نقول : هذا جواب عن قياس الشافعى ، وما ذكرته ينفع بقوله ولأن الحاجة الخ فتأمل (قال المصنف : إلى صيانة الآبق) أقول : قوله إلى في قوله إلى صيانة الآبق الخ متشبه بالفسير في دونها لكونها عبارة عن الحاجة .

لا يجوز الصلح على الزيادة ، بخلاف الصلح على الأقل لأنه حط منه . ومحمد أن المقصود حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة ، وأم الولد والمدير في هذا بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من إحياء ملكه ؛ ولو رد بعد مماته لاجعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت بخلاف القن ، ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم إطلاق الكتاب .

من نقص منها على مانقص من السفر فلا ينتقص عنها (ولمحمد أن المقصود) من إيجاب الجعل (حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فينقص) منه (درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة) أى فائدة إيجاب الجعل وتعيين الدرهم لأن مادونه كسور (وأم الولد والمدير في هذا بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من إحياء ملكه) وبه تحيا ماليته له إما باعتبار الرقة كما في المدير أو باعتبار الكسب كما في أم الولد عنده لأنها لا مالية فيها عنده لكنه أحق بأكسابها (ولو رده بعد مماته لاجعل له فيهما لأنهما يعتقان بالموت) فيقع رد حر لا مملوك على مالكة ، وهذا في أم الولد ظاهر ، وكذا المدير إن كان يخرج من الثلث لأنه يعتق حينئذ بالموت اتفاقا وإن لم يخرج من الثلث فكذا عندهما ، وعند أبي حنيفة يصير كالمكاتب لأنه يسعى في قيمته ليعتق ولا جعل في رد المكاتب لأن المولى لا يستفيد برده ملكا بل استفاد بدل الكتابة فكان كرد غريم له وبرد غريم لا يستحق شيئا ، بخلاف القن (قوله ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل) له ، وقيد في عياله إن رجع إلى الراد أو إلى الابن اقتضى أن يتقيد نفي الجعل إذا كان الراد ابنا بكونه في عيال المالك : أى في نفقته وتمويله ، وهو غير صحيح لأن الابن لا يستوجب جعلاً سواء كان في عيال أبيه المالك أولا ، وجلة الحال أن الراد إن كان ولد المالك أو أحد الزوجين على الآخر والوصى لا يستحق جعلاً مطلقاً ، أما الولد فلأن الراد كالبائع من المالك من وجه وباعتباره يجب ، وكالأجير من وجه لأنه من باب الخدمة ، والأب إذا استأجر ابنه ليخدمه لا يستحق عليه أجره لأن خدمته واجبة على الابن فوجب من وجه وانتفى من وجه فلا يجب بالشك ، وهذا يفيد عدم الوجوب ؛ وإن لم يكن في عياله ، فإذا كان في عياله فبطريق الأولى ، وأما أحد الزوجين فإنه كان زوجاً فالقياس يجب ، وفي الاستحسان لا يجب لأن العادة أن يطلب الزوج عبد امرأته تبرعا في العرف لأنه ينتفع به ، والثابت عرفاً كالثابت نصاً ، وإن

قوله (وأم الولد والمدير في هذا) أى في وجوب الجعل (بمنزلة القن) لأنهما مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن ، وتعليل المصنف رحمه الله بقوله (لما فيه من إحياء ملكه) أولى من تعليل غيره بقوله لما فيه من إحياء المالية ، لأن أم الولد لا مالية فيها عند أبي حنيفة رحمه الله . وقوله (لأنهما يعتقان بالموت) بإطلاقه ظاهر في أم الولد وفي حق المدير الذي لا سعاية عليه ، وأما الذي عليه السعاية بأن لم يكن للمولى مال سواه فكذا لا يستوجب الجعل على الورثة لأن المستسعى كالمكاتب عنده وحر مديون . عندهما ، ولا جعل لراد المكاتب أو الحر (قوله ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو في عياله) أى كل واحد منهما في عياله ظاهر ، ولم يذكر جواب ما إذا لم يكونا في عياله . والقياس أن يستحق كل من ذى الرحم المحرم الجعل إذا لم يكن في عياله ، لكن استحسن فقيل إذا وجد عبد أبيه وليس في عياله فلا جعل له لأن رد الآبق على أبيه من جملة الخدمة ، وخدمة الأب مستحقة عليه فلا جعل له على ذلك ، وأما إذا وجد الأب عبد ابنه وليس في عياله فله الجعل لأن خدمة الابن غير مستحقة على الأب . وقوله (فلا يتناولهم إطلاق الكتاب) أى القيدورى وهو قوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام قال

قال (وإن أبق من الذى رده فلا شئ عليه) لأنه أمانة فى يده لكن هذا إذا أشهد وقد ذكرناه فى اللقطة . قال رضى الله عنه وذكر فى بعض النسخ أنه لا شئ له ، وهو صحيح أيضا لأنه فى معنى البائع من المالك ، ولهذا كان له أن يحبس الآبق حتى يستوفى الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن ، وكذا إذا مات فى يده لا شئ عليه لما قلنا . قال (ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالإعتاق) كما فى العبد المشتري ، وكان إذا باعه من الراد لسلامة البدل له ، والرد وإن كان له حكم البيع .

كان زوجة فلا يجب لهذا ، ولأن الرد بجهة الخدمة يمنعها منه لأنها لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد ، ولذا لو استأجرها لتخدمه لا يجب لها شئ ؛ وأما الوصى فإنما لا يستحق الجعل برد عبد اليتيم لأنه من الحفظ ، وشأن الوصى أن يحفظ ماله وإن كان غيرهم من الأب وباقي الأقارب ، فإن كانوا فى عيال المالك لا يجب لهم شئ ، وإن لم يكونوا فى عياله وجب لهم لأن العادة والعرف أن الإنسان إنما يطلب الآبق بمن فى عياله فكان التبرع منهم ثابتا عرفا وهو كالثابت نصا ، بخلاف ما إذا لم يكونوا فى عياله لأن التبرع حينئذ لم يوجد نصا ولا عرفا (قوله وإن أبق من الذى رده فلا شئ عليه) أى لاضمان على الراد . وفى بعض نسخ القدورى : لا شئ له أى لا جعل للراد ، وكل منهما صحيح (وكذا إذا مات عنده) إلا أن نفي الجعل يصبح بلا شرط لأن الجعل كالثمن والراد كالبائع للمالك ، لأنه يبايقه كالمالك من حيث فوات جميع الانتفاعات به ، وبالرد كأنه استفاد ملكه من جهته فصار كالبائع ولذا كان له حبه لاستيفاء الجعل ، والبائع إذا هلك فى يده أو أبق وهو عبد سقط الثمن فكذا يسقط الجعل ، وانتفاء الضمان يشترط له أن يكون أشهد على قول أبى حنيفة ومحمد لأنه حينئذ صار أمانة عنده كما فى اللقطة . وقال أبو يوسف : لاضمان عليه أشهد أو لم يشهد إذا قال أخذته لأرده ، والقول قوله فى ذلك مع يمينه إذا علم أنه كان آبقا ، فلو أنكر المولى إياقه فالقول له لأن سبب الضمان وهو أخذ مال الغير بغير إذنه ظهر من الراد ثم ادعى ما يسقطه وهو إذن الشارع بإياقه والمالك منكرا ، وكذا لا يجب الجعل إذا جاء به وأنكر المولى إياقه إلا أن يشهد شهود أنه أبق من مولاه أو يشهدوا على إقرار المولى بإياقه (قوله ولو أعتقه المولى كما لقيه) أى رآه قبل قبضه (يصير بالإعتاق قابضا) فيجب الجعل (كما فى العبد المشتري) إذا أعتقه قبل القبض يصير به قابضا ويجب الثمن (وكذا إذا باعه المولى من الراد) أى قبل قبضه يصير به قابضا (لسلامة بدله) وهو الثمن له . فإن قيل : للرد حكم البيع من المالك فيبيع المالك من

(وإن أبق من الذى رده) أى إذا أبق الآبق من الذى أخذه ليرده (فلا شئ عليه) أى لاضمان عليه لأنه أمانة فى يده (لكن هذا إذا أشهد) عند الأخذ ، وقد ذكرناه فى اللقطة (أن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا . قال المصنف رحمه الله (وذكر فى بعض النسخ) أى نسخ مختصر القدورى (لا شئ له) أى لا جعل للراد إذا أبق الآبق منه (وهو صحيح أيضا لأنه) أى الراد (فى معنى البائع من المالك) لأن عامة منافع العبد زالت بالإباق ، وإنما يستفيد المولى بالرد بمال يجب عليه ، والبائع إذا هلك فى يده المبيع سقط الثمن ، فكذلك هاهنا يسقط الجعل ، واستوضح ذلك بما ذكره فى الكتاب وهو واضح (وكذا إذا مات فى يده فلا شئ عليه لما قلنا) إنه أمانة عنده (ولو أعتقه المولى) أى أعتقه قبل أن يقبضه (وقت لقائه صار قابضا بالإعتاق) فيجب عليه الجعل ، وأشار بقوله بالإعتاق إلى أنه لو دبر مكان الإعتاق لم يضر قابضا . والفرق بينهما أن الإعتاق إتلاف للمالية فيصير به قابضا كما لو أعتق المشتري العبد المشتري قبل القبض ، وأما التدبير فليس بإتلاف للمالية فلا يصير به المولى قابضا إلا أن يصل إلى يده (وكذا إذا باعه من الراد لسلامة البدل له) وهذا بخلاف الهبة ، فإن المولى لا يصير بها قابضا قبل الوصول إلى يده لأن فى الهبة قبل القبض لم يصل العبد إلى يد المولى ولا بدله فلا يكون لها حكم القبض . وقوله والرد وإن

لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهى الوارد عن بيع مالم يقبض فجاز . قال (وينبغي إذا أخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده) فالإشهاد حتم فيه عليه على قول أبي حنيفة ومحمد ، حتى لو رده من لم يشهد وقت الأخذ لاجل له عندهما لأن ترك الإشهاد أماره أنه أخذه لنفسه وصار كما إذا اشتراه من الآخذ أو اتبته أو ورثه فرده على مولاه لاجل له لأنه رده لنفسه ، إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن (وإن كان الآبق رهنا فاجعل على المرتهن) لأنه أحيا ماله بالرد وهى حقه ، إذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة إحياء المالية فيكون عليه ، والرد في حياة الراهن وبعده سواء ، لأن الرهن لا يبطل بالموت ، وهذا إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه ، فإن كانت أكثر فيقدر الدين عليه والباقي على الراهن لأن حقه بالقدر المضمون فصار كضمن الدواء

الراد قبل قبضه بيع مالم يقبض وهو لا يجوز . أجاب بقوله (لكنه بيع من وجه) لا من كل وجه (فلا يدخل تحت النهى) المطلق (عن بيع مالم يقبض فجاز) . وأورد أن الشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمان . أجاب بأن هذه شبهة الشبهة ولا عبرة بها ، وهذا لأنه لو شرط رضا المالك كان الثابت الشبهة لأنه ملكه حقيقة فمع عدم الرضا الثابت شبهة الشبهة (قوله وينبغي إذا أخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده) قال المصنف (فالإشهاد حتم فيه) أى فى أخذ الآبق (عليه) أى على الآخذ (على قول أبي حنيفة ومحمد) وتفسير بعضهم حتم بأنه واجب تساهل وإلا يلزم بتركه استحقاق العقاب ، ونقطع بأنه إذا أخذه بقصد الرد إلى المالك وافق أنه لم يشهد لإثمه عليه ، وإنما الإشهاد شرط عندهما خلافاً لأبي يوسف لاستحقاق الجعل ولسقوط الضمان إن مات عنده أو أبق (لأن ترك الإشهاد أماره أنه أخذه لنفسه فصار كما لو اشتراه) الراد (من الآخذ أو اتبته) منه (فرده على مولاه لاجل له لأنه رده لنفسه) لأنه بالشراء أو الاتهاب قاصد لملكه ظاهراً فيكون غاصباً في حق سيده فرده لإسقاط الضمان عن نفسه ، وهذا معنى قوله رده لنفسه ، وكذا لو أوصى له به أو ورثه فى كل ذلك يكون قابضاً لنفسه فيضمته ، فإذا رده لا جعل له لأنه لنفسه لأنه يسقط الضمان عن نفسه إلا أن يشهد عند الشراء من الآخذ أنه إنما اشترىته لأرده على مالكه لأنه لا يقدر على رده إلا بشرائه فحينئذ (يكون له الجعل) ولا يرجع على السيد بشيء من الثمن لأنه متبرع به كما لو أنفق عليه بغير إذن القاضي (قوله وإن كان الآبق رهنا فاجعل على المرتهن) لأن بالرد حييت ماله وماله حتى المرتهن لأن الاستيفاء منها والجعل على من حييت له المالية ، ألا ترى أن بالإباق سقط دين المرتهن كما بالموت ، وبالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من ماله كما لو ماتت الشاة الموهونة فديغ جلدتها فإن الدين يعود به (والرد فى حياة الراهن وموته سواء لأن الرهن لا يبطل بالموت ، وهذا) أى كون الجعل على المرتهن (إذا كان قيمة العبد مثل الدين أو أقل ، فإن كانت أكثر من الدين) قسم الجعل على الراهن والمرتهن ، فما أصاب الدين على المرتهن وما بقى على الراهن ؛ مثلاً الدين ثلاثمائة وقيمة الرهن أربعمائة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن عشرة ، وصار الجعل

كان له حكم البيع جواب عما يقال قد قلتم من قبل إن الرد فى معنى البيع من المالك ثم جوزتم بيع المالك من الراد قبل أن يقبضه فيجب أن لا يجوز لدخوله تحت النهى الوارد عن بيع مالم يقبض وتقرير الجواب أن النهى عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل ، والرد ليس ببيع كامل بل هو بيع من وجه من حيث إعادة ملك التصرف إليه فقط ، لأن ملك الرقبة لا يزول عن المولى بالإباق فلا يكون باطلاً تحت النهى فيكون جائزاً . وقوله (وينبغي إذا أخذه أن يشهد أنه أخذه ليرده) ظاهر . وقوله (فإن كان الآبق رهنا) سيأتى الكلام فيه فى الرهن إن شاء الله تعالى . وقوله (والجعل بمقابلة إحياء المالية) فيه نظر لأنه يلزمه إذا رد أم الولد ومائة إحياء المالية عند أبي حنيفة . وأجيب بأنه لا مالية فيها باعتبار الرقبة ، ولها مالية باعتبار كسبها لأنه أحق بكسبها وقد أحيا الراد ذلك برده .

وتخليصه عن الجناية بالفداء ، وإن كان مديونا فعلى المولى إن اختار قضاء الدين ، وإن بيع بدىء بالجعل والباقي للغرماء لأنه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فتجب على من يستقر له ، وإن كان جانيا فعلى المولى إن اختار الفداء لعود المتفعة إليه ، وعلى الأولياء إن اختار الدفع لعودها إليهم ، وإن كان موهوبا فعلى الموهوب له ، وإن رجع الواهب في هبته بعد الرد لأن المتفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد ، وإن كان لصبي فالجعل في ماله لأنه مؤنة ملكه ،

كشمن دواء الرهن وتخليصه من الجناية بالفداء إن كان الدين أكثر من قيمته انقسم انقساما عليهما كذلك (قوله وإن كان مديونا) أى إن كان العبد الآبق مديونا بأن كان مأذونا فله حقه في التجارة دين أو أتايف مال الغير واعترف به المولى فالجعل على من يستقر الملك له لأنه مؤنة الملك ، والملك في العبد بعد مباشرته سبب الدين كالموقوف ، إن اختار المولى قضاء دينه كان الجعل عليه لأن الملك استقر له ، وإن اختار بيعه في الدين كان الجعل في الثمن يبدأ به قبل الدين لما قلنا إنه مؤنة الملك والباقي للغرماء ، فظهر أن قول المصنف (فيجب) أى الجعل على من يستقر له الملك تجوز فإنه لا يجب على المشتري ، وكأنه جعل ملك ثمنه بمنزلة ملكه (وإن كان) أى العبد (جانيا) أى جنى خطأ فلم يدفعه مولاؤه ولم يفده حتى أبقى فرده من مسيرة ثلاثة أيام فهو على القياس يكون الجعل على من سيصير له إن اختار المولى فداءه فهو عليه لعود منفعتة إليه ، فإن اختار الدفع إلى أولياء الجناية فعليهم لعودها إليهم ، وأو كان قتل عمدا فأبقى ثم رد لا جعل على أحد ، أما المولى فلأنه إن قتل لم يحصل له بالرد منفعة ، وإن عفا عنه فإنما حصلت بالعفو . وأما ولي القصاص فإن قتل فالحاصل له التشني لا المسالية ، وإن عفا فظاهر (وإن كان موهوبا) فإن أبقى ممن وهب له ثم رد (فالجعل) (على الموهوب له) سواء رجع الواهب في هبته بعد الرد أو لا ، أما إذا لم يرجع فظاهر ، وأما إن رجع بعد الحجى فلأنه وإن حصلت إليه المسالية لكن لم تحصل بالرد بل بترك الموهوب له التصرف في العبد بعدرده مما يمنع رجوعه من بيعه وهبته وغير ذلك . وأورد عليه أنه حصل بالمجموع من ذلك ، ومن الرد . أجيب بأن الترك آخر جزئى العلة وإليها يضاف الحكم . وأما الجواب بأنه إذا ثبت بالكل لا يكون بالرد وحده فلا يدفع الوارد على المصنف بل يقرره (وإن كان) الآبق (لصبي فالجعل في ماله) لما تقدم (أنه مؤنة ملكه ،

(قوله وإن كان مديونا) أى العبد الآبق إذا كان مديونا بأن كان مأذونا له فله حقه الدين في التجارة أو استهلك مال الغير وأقر به مولاؤه (قوله كالموقوف) يعنى بين أن يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين أن يصير للغرماء متى اختار البيع ، ولما توقف الملك في العبد توقف مؤنة الملك وهو الجعل (قوله وإن كان) أى الآبق موهوبا فالجعل على الموهوب له وإن رجع الواهب في هبته بعد الرد (وإنما ذكر أن الواصلة هذه لدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله بقوله فتجب على من يستقر الملك له وبقوله فعلى المولى إن اختار الفداء ، فعلى كلا التقديرين كان ينبغي أن يجعل الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه . ووجه الدفع (أن المتفعة للواهب ما حصلت بالرد) أى برد الآبق بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد (من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذى يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك . فإن قيل : المتفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو ترك الموهوب له الفعل ورد الراد . أجيب بأنه كان كذلك : لكن ترك الموهوب له الفعل آخرهما وجودا فيضاف الحكم إليه كما في القرابة مع الملك فيضاف العتق إلى آخرهما وجودا ، كذا هذا . وقوله (وإن كان لصبي إلى آخره) ظاهر وبالله التوفيق .

قوله (قل المولى إن اختار الفداء الخ) أقول : لعود المتفعة إليه .

وإن رده وصيه فلا جعل له لأنه هو الذى يتولى الرد فيه .

كتاب المفقود

(إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحيّ هو أم ميت نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفى حقه) لأن القاضى نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون ، وفى نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له . وقوله يستوفى حقه لاختفاء أنه يقبض غلاته والدين الذى أقر به غريم من غرمائه لأنه من باب الحفظ ، ويخاصم فى دين وجب بعقده

وإن رد وصيه فلا جعل له) وقد بيناه فى التقسيم . وكذا اليتيم يعوله رجل فرد آبقا له ، لأنه إذا كان تبرع له بمؤنته من مال نفسه فكيف لا يتبرع له بما هو دونه مع أن العرف فيه التبرع . وفى الكافى للحاكم : أبقت أمة ولها ولد رضيع فردهما رجل له جعل واحد ، فإن كان ابنها قارب الحلم فله ثمانون لأن من لم يراهق لم يعتبر آبقا . وفى الذخيرة والمحيط : لو أخذ آبقا فغصبه منه آخر وجاء به إلى مولاه وأخذ جعله ثم جاء آخر وأقام بينة أنه أخذه يأخذ الجعل منه ثانيا ويرجع السيد على الغاصب بما دفع إليه ، ولو جاء بالآبق من مسيرة سفر فلما دخل البلد أبق من الأخذ فوجده آخر فردّه إلى سيده ، إن جاء به من مدة السفر فاجعل له ، وإن وجده لأقل فجاء به لاجعل لواحد منهما . وفى المبسوط : لاجعل للسلطان والشحنة أو الخفير فى ردّ الآبق والمال من قطاع الطريق لوجوب الفعل عليهم ، والأولى أن يقال : لأخذهم العطاء على ذلك ونصيبهم له .

كتاب المفقود

هو الغائب الذى لا يدرك حياته ولا موته (قوله إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم أحيّ هو أم ميت نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه) أى على ماله (ويستوفى حقوقه لأن القاضى نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبي والمجنون) فعلى القاضى أن يفعل فى أمرهم ما ذكرنا لما ذكرنا (وقوله) أى قول القدورى (يستوفى حقوقه يريد أنه يقبض غلاته والدين الذى أقر به غريم ويخاصم فى دين وجب بعقده

كتاب المفقود

قد تقدم وجه مناسبة ذكر هذا الكتاب هنا ، والمفقود مشتق من فقد وهو فى اللغة من الأضداد ، يقال فقدت الشيء : أى أضلته ، وفقدته : أى طلبته ، وكلا المعنيين متحقق فى المفقود فقد ضل عن أهله وهم فى طلبه . وذكر فى الكتاب ما يدل على مفهومه الشرعى وهو قوله (إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولم يعلم أحيّ هو أم ميت) وقوله (نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفى حقه) إشارة إلى بيان حكمه فى الشرع ،

كتاب المفقود

(قوله وهو فى اللغة من الأضداد الخ) أقول : أنت خير بأن الطلب ليس ضدّا للإضلال ، إلا أن يكون إطلاق الضدّ توسعا بناء على أن الطلب سبب للوجدان فأقيم مقامه فليتأمل .

لأنه أصيل في حقوقه ، ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف ، إنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين ، وإذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب ، وأنه لا يجوز إلا إذا رآه القاضي وقضى به لأنه مجتهد فيه ، ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لأنه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى (ولا يبيع مالا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها) لأنه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ السورة وهو ممكن .

أى بعقد الذي نصب القاضي (لأنه أصيل في حقوق عقده ، ولا يخاصم في الدين الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل) ولا في حق من الحقوق إذا جحد من هو عنده أو عليه (لأنه ليس بمالك ولا نائب إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف ، إنما الخلاف في الوكيل يقبض الدين من جهة المالك) عند أبي حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لا يملك (وإذا كان كذلك) يعنى إذا كان وكيل القاضي لا يملك الخصومة (فلو قضى بخصومته كان قضاء على الغائب) والأوجه أن يقول للغائب : والقضاء عليه فيما لو ادعى إنسان على المفقود ديناً أو ودعة أو شركة في عقار أو رقيق أو رداً بعيب أو مطالبة لاستحقاق لاتسمع الدعوى ولا البيعة لأنهما إنما يسمعان على خصم والوكيل ليس خصماً ، والورثة إنما يصيرون خصماً بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغائب (وهو لا يجوز إلا إذا رآه القاضي) أى إذا رأى القاضي المصلحة في الحكم للغائب وعليه فحكم فإنه ينفذ لأنه مجتهد فيه . فإن قيل : ينبغي أن لا ينفذ حتى يرضيه قاض آخر لأن نفس القضاء مجتهد فيه : كما لو كان القاضي محدوداً في قذف فإن نفاذ قضائه لموقوف على أن يرضيه قاض آخر . أجب بجمع أنه من ذلك بل المجتهد سببه وهو هذه البيعة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر أم لا ، وإذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف . وفي الخلاصة الفتوى على هذا (ثم ما كان يخاف عليه الفساد) كالثمار ونحوها (يبيعه القاضي لأنه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب بحفظ معناه) ولا يبيع مالا يخاف فساد منه متولاً كان أو عقاراً (في نفقة ولا غيرها ، لأن القاضي لا ولاية له على الغائب إلا في الحفظ وفي البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجى " فلا يجوز ، فإن لم يكن له مال إلا عروض أو عقار أو خادم واحتاج ولده) أو زوجته إلى النفقة لايبيع ، بخلاف الوصى فإنه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب لأن ولايته ثابتة فيما

وكلامه واضح (قوله ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل) بأن . كان الشيء مشتركاً بين المفقود وغيره (قوله وأنه) أى الوكيل من جهة القاضي (لا يملك الخصومة بلا خلاف ، إنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين) فإنه عند أبي حنيفة رحمه الله يملك الخصومة وعندهما لا يملكها (وإذا كان كذلك) يعنى أن وكيل القاضي لما لم يملك الخصومة كان حكم القاضي بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغائب ، والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز ، لأن القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغائب غير متصورة (إلا إذا رآه القاضي) أى جعل ذلك رأياً له وحكم به فحينئذ يجوز ، لأن القضاء إذا لاقى فصلاً مجتهداً فيه نفذ . فإن قيل : المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف نفاذه على إمضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدوداً في قذف . أجب بأن المجتهد فيه سبب للقضاء وهو أن البيعة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أو لا ، فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف (قوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي) ظاهر .

(قال المصنف : يتضمن الحكم به قضاء على الغائب) أقول : فيه شيء ، والظاهر أن يقال قضاء للغائب (قوله والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز) أقول : في فصل القضاء بالمواريث من شرح الإتيقان ، وأحال على المختلف أنه قيل : يجوز القضاء للغائب وعنده .

قال (وينفق على زوجته وأولاده من ماله) وليس هذا الحكم مقصورا على الأولاد بل يعم جميع قرابة الولاد ، والأصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لأن القضاء حينئذ يكون إعانة ، وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لأن النفقة حينئذ يجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممنوع ، فمن الأولاد الأولاد الصغار والإناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ، ومن الثاني الأخ والأخت والحال والحالة . وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لأن حقهم في المطعوم والملبوس فإذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلهما في هذا الحكم لأنه يصلح قيمة كالمضروب ، وهذا إذا كانت في يد القاضي ، فإن كانت وديعة أو ديناً ينفق عليهم منهما إذا كان المودع

يرجع إلى حق الموصى ، وبيع العروض فيه معنى حقه ، وربما يكون حفظ الثمن للإيصال إلى ورثته أيسر ، وهنا لا ولاية للقاضي على المفقود إلا في الحفظ . وفي المبسوط : وقال أبو حنيفة : إن كان له أب محتاج فله أن يبيع شيئا من عروضه وينفقه عليه وليس له بيع العقار وهو استحسان . وفي القياس : ليس له بيع العروض وهو قولهما . وذكر الكرخي أن محمداً ذكر قول أبي حنيفة في الأمالي وقال : هو حسن . وجه الاستحسان أن الأب وإن زالت ولايته بقي أثرها حتى أصبح استيلاؤه جارية ابنه مع أن الحاجة إلى ذلك ليس من أصول الحوائج ، وإذا ثبت بقاء أثر ولايته كان كالوصي في حق الوارث الكبير ، وللوصي بيع العروض دون العقار (وينفق على زوجته وأولاده من ماله) يعني الحاصل في بيته والواصل من ثمن ما يتسارع إليه الفساد ومن مال مودع عند مقر ودين على مقر . قال المصنف (وليس هذا مقصورا على الأولاد) قلت : ولا هو على إطلاقه فيهم بل يعم قرابة الولاد ، يعني من الأب والجد وإن علا (والأصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته) لأن لم أن يأخذوا حاجتهم بيدهم من ماله إذا كان جنس حقهم من النقد والثياب وليس فكان إعطاء القاضي إن كان المال عنده أو تمكينهم إن كان عندهم إعانة لا قضاء على الغائب فإنهم كانوا مأذونين شرعا أن يتناولوا بأنفسهم (وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله) فمن الأول : أعني المستحقين بلا قضاء (الأولاد الصغار والإناث الكبار) إذا لم يكن لهم مال ، وكذا الأب والجد والزمنى من الذكور الكبار فكل من له مال لا يستحق النفقة عليه في حال حضوره فضلا عن غيبته ، إلا الزوجة فإنها تستحق وإن كانت غنية لأن استحقاقها بالعقد والاحتباس واستحقاق غيرها بالحاجة وهي تتعلم بالغنى (ومن الثاني) يعني من لا يستحق إلا بالقضاء (الأخ والأخت والحال والحالة) ونحوهم من قرابة غير الولاد (وقوله) أي قول القدرى (من ماله) يعني الدراهم والدنانير لأن حقهم في المطعوم والملبوس ، فإذا لم يكن في ماله (عين المطعوم والملبوس) يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر (أي غير المضروب) كذلك لأنه يصلح قيمة كالمضروب (وهذا إذا كانت الدراهم والدنانير والتبر في يد القاضي) فإن كانت وديعة أو ديناً ينفق عليهم منها (إن كان المودع مقرا بالوديعة

(قوله ومن الثاني الأخ والأخت) إنما كان من الثاني لأنها نفقة ذي الرحم المحرم (وهي مجتهد فيها فلا يجب إلا بالقضاء أو الرضا) ولهذا لم يكن لهم الأخذ بدون القضاء والرضا . وقوله (فإذا لم يكن ذلك) يعني الملبوس والمطعوم في ماله (قوله وهذا) أي الذي ذكرناه من اتفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير (إذا كانت في يد القاضي)

والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب ، وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى ، فإن كانا ظاهرين فلا حاجة إلى الإقرار ، وإن كان أحدهما ظاهر الوديعة والدين أو النكاح والنسب يشترط الإقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح ، فإن دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضى يضمن المودع ولا يبرأ المديون لأنه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه ، بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضى لأن القاضى نائب عنه .

والنكاح والنسب والمديون كذلك مقرّ بالدين والنكاح والنسب (وهذا) يعنى اشتراط إقرارهما بالنكاح والنسب (إذا لم يكونا ظاهرين) عند القاضى (فإن كانا ظاهرين) معروفين له (فلا يحتاج إلى إقرارهما بهما . ولو كان الظاهر عنده أحدهما الوديعة والدين أو النكاح والنسب) جعل كل اثنين واحدا (يشترط إقرار من في جهته المال بالآخر الذى ليس ظاهرا فيقرّ في الأول عند القاضى أن هذه زوجته وهذا ولده . وفى الثانى بأن له عندى وديعة أو على دينه وقوله هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس الذى قال به زفر لا أن هذا اختلاف الروايتين ، قال : لا يتفق من الوديعة شيئا عليهم لأن إقرار المودع بذلك ليس حجة على الغائب وهو ليس خصما عن الغائب ، ولا يقضى على الغائب بلا خصم ، ومثل هذا في الدين أيضا . قلنا : المودع مقرّ بأن ما في يده ملك الغائب ، وأن للولد والزوجة حق الإنفاق منه . وإقرار الإنسان بما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه إلى المفقود ، ومثل هذا القياس ليس في الوديعة والدين خاصة بل في جميع أموال المفقود ، وقد يقال أيضا في جوابه : نعم القياس ما ذكرت ، لكننا استحسننا ذلك بحديث هند امرأة أبي سفيان ، وقد أسلفناه . قال فيه : « خذى من ماله ما يكفيك ويكفى بنيك بالمعروف » إذ هو يفيد مطلقا جواز الإنفاق من مال الغائب لمن يجب له النفقة من الزوجة والولد ، ثم إذا ثبت في الزوجة والولد على خلاف القياس لا يلحق به قرابة غير الولاد بالقياس ، وثبت نفقة الأب بالدلالة لأن حقه فيها أكد من حق الولد ، فإن الولد لا يستحقها بمجرد الحاجة ، بل إذا كان عاجزا عن الكسب والأب يستحقها بمجرد ما كان قادر على الكسب (قوله ولو دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضى يضمن المودع ولا يبرأ المديون لأنه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه ، بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضى لأن القاضى نائب عنه) فكان له أن يأمر هؤلاء بالقبض ، وليس القاضى نائباً في الحفظ فقط ، بل فيه وفي إبقاء ما عليه من الحقوق أيضا مما لا يحتاج في ثبوته عنده إلى سماع بينة ، وجاز له أن يوفى ما عليه من دين إذا علم بوجوبه ، بخلاف المودع فإنه المأمور بالحفظ فقط فيضمن إذا أعطاهم بلا أمره . فإن قيل : ينبغى أن لا يضمن المودع إذا دفعها إليهم لأنه لو رد الوديعة إلى من في عيال المودع برئ . أجيب بأن ذلك إذا دفعها إليهم للحفظ عليه لا للإتلاف ، والأحسن أن يأخذ القاضى منها كفيلاً لاحتمال أنه طلقها قبل ذهابه أو عجل لها النفقة ، لكن لو لم يأخذ جاز لأنه لا يجب أخذ الكفيل إلا لخصم وليس هنا خصم طالب هذا ،

(وهذا) أى الاحتياج إلى الإقرار إنما هو (إذا لم يكونا) أى الدين والوديعة أو النكاح ، والنسب جعل الدين والوديعة شيئا واحدا ، والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية (قوله هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر إنه لا يتفق منهما عليهم بالإقرار لأن إقرار المودع ليس بحجة على الغائب ، وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر ، ولكننا نقول : المودع مقرّ بأن ما في يده ملك الغائب ، وأن للزوجة والولد حق الإنفاق منه ، وإقرار الإنسان فيما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه إلى المفقود . وقوله (لأن القاضى نائب عنه) اعترض عليه بأن القاضى نائب عن الغائب

وإن كان المودع والمديون جاحدين أصلاً أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقى النفقة خصماً في ذلك لأن ما يدعيه للغائب لم يتعين سبباً لثبوت حقه وهو النفقة ، لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود . قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) وقال مالك : إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تزوج من شئت لأن عمر رضى الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة وكفى

(فلو كان المودع والمديون جاحدين أصلاً) أى جاحدين لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية (أو جاحدين للنسب والزوجية) معترفين بالوديعة والدين وليساًظاهرين عند القاضي (لم ينتصب أحد من مستحقى النفقة) الزوجة أو الأب أو الابن (خصماً في ذلك) أى في إثبات الدين أو النسب أو الوديعة بإقامة البينة على شيء من ذلك ، لأن المودع والمديون ليسا خصماً في ثبوت الزوجية والقضاء بها ، ولا ما يدعيه للغائب سبباً متعيناً لثبوت حقه الذي هو النفقة (لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود) وستعرف تفصيل هذا إن شاء الله تعالى في أدب القاضي (قوله ولا يفرق بينه وبين امرأته ، وقال مالك : إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تزوج من شئت ، لأن عمر رضى الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة)

في القبض للحفظ ولا حفظ في القبض للإتفاق على هؤلاء فلا يكون نائباً . وأجيب بأن القاضي نائب عنه في إيفاء ماعليه من الحقوق كما هو نائب عنه في الحفظ ولهذا جاز له أن يوفى ماعليه من الدين إذا علم بوجوبه بخلاف المودع فإنه نائب عنه في الحفظ فقط . فإن قلت : إذا دفع المودع بغير أمر القاضي وجب أن لا يضمن لأنه دفعها إلى من في عيال المودع ولا ضمان عليه في ذلك . أجيب بأن الدفع إليهم لا يوجب إذا كان للحفظ والدفع للإتفاق دفع الإتلاف . وقوله (لأن ما يدعيه للغائب) معناه أن الخصومة لا تسمع إلا من المالك أو نائبه والمالك غائب ولا نائب له حقيقة لأنه لم يوكل وهو ظاهر ، ولا حكماً لأن ما يدعيه للغائب لم يتعين له سبباً لثبوت حقه وهو النفقة لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود) ولا يكون الثابت حكماً إلا في مثل ذلك ، وسيجىء تمامه في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى . قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) كلامه واضح ، وقصة من استهوته الجن : أى جرت له المهاوى وهى الممالك ماروى عبد الرحمن بن أبى ليلي قال : أنا لقيت المفقود فحدثني حديثه قال : أكلت خزيراً في أهلى فخرجت فأخذني نفر من الجن فكشفت فيهم ، ثم بدا لهم في عتقى فأعتقوني ثم أتوا في قريبا من المدينة فقالوا : أتعرف الخليل ؟ قلت : نعم ، فخلوا عني . فجئت فإذا عمر بن الخطاب قد أبان امرأتى بعد أربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت ، فخيرني عمر رضى الله عنه بين أن يردها علي وبين المهر . قال مالك : وهذا مما لا يدرك بالقياس فيحمل على المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم

قوله (قال أكلت خزيراً) أقول : بالخاء المعجمة (قوله وحاضت وانقضت الخ) أقول : يتبدل منه أن يكون اعتادها بالحض مع أنه قال تعتد عدة الوفاة ، فالأولى حذف قوله وحاضت من البين (قوله وبين المهر) أقول : أي أخذ مهر المثل من الزوج الثاني .

به إماماً ، ولأنه منع حقها بالغيبه فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالإيلاء والعنة ، وبعد هذا الاعتبار أخذ المقلد من الأربعة من الإيلاء والسنين من العنة عملاً بالشبهين . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها البيان . وقول علي رضي الله عنه فيها : هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق

ولأنه منع حقها بالغيبه (وإن كان عن غير قصد منه) فيفرق بينهما القاضي بعد مضي مدة اعتبارا بالإيلاء والعنة (فإنه يفرق بينهما فيهما بعد مدة كذلك ، وهذا منه في الإيلاء بناء على أنه لا يوجب الفرق بمجرد مضي المدة بل بتفريق القاضي بعدها ، وبعد هذا الاعتبار أخذ في المدة الأربعة من الإيلاء والسنين من العنة بجامع دفع الضرر عنها (عملاً بالشبهين) وحديث الذي أخذته الجن رواه ابن أبي شيبة : حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن يحيى بن جعدة : أن رجلاً انتسفته الجن على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فأنت امرأته عمر فأمرها أن تربص أربع سنين ، ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ، ثم أمرها أن تعتد فإذا انقضت عدتها تزوجت ، فإن جاء زوجها خير بين امرأته والصدوق . وأخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيه الذي فقد قال : دخلت الشعب فاستوتني الجن ، فمكثت أربع سنين ، ثم أتت امرأتى عمر الحديث بمعنى الأول . وأخرجه عبد الرزاق من طريق آخر وفيه : فقال له عمر لما جاء : إن شئت رددنا إليك امرأتك وإن شئت زوجناك غيرها ، قال : بل زوجني غيرها ، ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره . ورواه الدارقطني وفيه : ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً . وروى مالك في الموطأ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل . وأسند ابن أبي شيبة عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا في امرأة المفقود : تربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً . وأسند ابن أبي شيبة عن جابر بن زيد : تذاكر ابن عمر وابن عباس المفقود فقالا : تربص امرأته أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها ثم تربص أربعة أشهر وعشراً . قال المصنف (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود « إنها امرأته حتى يأتيها البيان ») أخرجه الدارقطني في سننه عن سوار بن مصعب : حدثنا محمد بن شريحيل الهمداني عن المغيرة بن شعبه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان » وفي بعض نسخه « حتى يأتيها الخبر » وهو مضعف بمحمد بن شريحيل . قال ابن أبي حاتم عن أبيه : إنه يروى عن المغيرة مناكير أبا طيل . وقال ابن القطان : وسوار بن مصعب ، أشهر في المتروكين منه . ثم عارض المصنف بقول علي قول عمر ، وهو ما روى عبد الرزاق : أخبرنا محمد بن عبد الله العزمي عن الحكم بن عتيبة أن علياً رضي الله عنه قال في امرأة المفقود : هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق . أنبأنا معمر بن ابن أبي ليلى عن الحكم أن علياً مثله . وقال : أخبرنا ابن جريج

(ولأنه منع حقها بالغيبه فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالإيلاء والعنة) والجامع بينهما منع الزوج حق المرأة ورفع الضرر عنها ، فإن العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضي سنة لرفع الضرر عنها ، وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لرفع الضرر عنها ، ولكن عذر المفقود أظهر من عذر المولى والعنين ، فيتعين في حقه المدتان في التربص بأن تجعل السنوات مكان الشهور فتربص أربع سنين (عملاً بالشبهين) (قوله ولنا) ظاهر ، وحاصله أن البيان في الحديث المرفوع إلى النبي عليه الصلاة والسلام مجمل ، وقول علي رضي الله عنه

(قوله وبين المولى وامرأته) أقول : في التركيب شيء إلا أن يقدر الفعل بعد الواو العاطفة ، ويقال ويفرق بين المولى ويكون العطف على جملة فإن العنين الخ (قوله ولكن عذر المفقود أظهر الخ) أقول : في أظهر ربه من عذر العنين تأمل ، إلا أنه يقال : إقدامه مع عنته على الزوج يقتض من طوره .

خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ، ولأن النكاح عرف بثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك ، وعمر رضى الله عنه رجع إلى قول علي رضى الله عنه ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ، ولا بالعنة لأن الغيبة تعقب الأودة ، والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة . قال (وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمتا بموته) قال رضى الله عنه : وهذه رواية

قال : بلغنى أن ابن مسعود وافق عليا على أنها تنتظر أبدا . وأخرج ابن أبي شيبة عن أبي قلابة وجابر بن يزيد والشعبي والنخعي كلهم قالوا : ليس لها أن تزوج حتى يستبين موته . وقوله ولأن النكاح النخ الحاصل أن المسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين . فذهب عمر إلى ما تقدم . وذهب علي رضى الله عنه إلى أنها امرأته حتى يأتيا البيان ، والشأن في الترجيح والحديث الضعيف يصلح مرجحا لا مثبتا بالأصالة ، وما ذكر من موافقته ابن مسعود مرجح آخر . ثم شرع المصنف في مرجح آخر فقال (ولأن النكاح عرف بثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك) وذكر أن عمر رضى الله عنه رجع إلى قول علي . ذكره ابن أبي ليلى قال : ثلاث قضايا رجع فيها عمر إلى قول علي : امرأة المفقود ، وامرأة أبي كنف ، والمرأة التي تزوجت في عدتها . وقولنا في الثلاث قول علي رضى الله عنه ، فامرأة المفقود عرفت ، وأما امرأة أبي كنف فكان أبو كنف طلقها ثم راجعها ولم يعلمها حتى غاب ثم قدم فوجدها قد تزوجت ، فأقى عمر رضى الله عنه فقص عليه القصة فقال له : إن لم يكن دخل بها فأنت أحق بها ، وإن كان دخل بها فليس لك عليها سبيل ، فقدم على أهلها وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم : إن لي إليها حاجة فخلوا بيني وبينها ، فوقع عليها وبات عندها ثم غدا إلى الأمير بكتاب عمر فعرفوا أنه جاء بأمرين ، وهذا أعنى عدم ثبوت الرجعة في حقها إذا لم تعلم بها حتى إذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للأول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجع إلى قول علي أن مراجعته إياها صحيح وهي منكوحته دخل بها الثاني أولا . وأما المرأة التي تزوجت في عدتها فالمرأة التي ينسب إليها زوجها فتعتد وتزوج ، وكان مذهبه فيها إذا أتى زوجها حيا يخبره بين أن ترد عليه وبين المهر ، وقد صح رجوعه إلى قول علي وهو أن يفرق بينها وبين الثاني ولها المهر عليه بما استحل من فرجها ، وترد إلى الأول ولا يقربها حتى تنقضي عدتها من ذلك . قال (ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقا معجلا في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلا) وهذا على رأينا بأن الوقوع به عند انقضاء المدة بالإيلاء لا يتوقف على تفريق القاضى . قال (ولا بالعنة) لأن الغيبة في الغالب تعقب الرجعة (والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة) فكان عود المفقود أرجى من زوال العنة بعد مضي السنة فلا يلزم أن يشرع فيه ما شرع فيها (قوله وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمتا بموته) قال المصنف رحمه الله (هذه رواية

خرج بيانا لذلك المذهب (قوله وعمر رضى الله عنه رجع إلى قول علي رضى الله عنه) رواه ابن أبي ليلى (قوله ولا معتبر بالإيلاء) جواب عن قياس مالك في صورة النزاع على الإيلاء وهو ظاهر ، فإن الإيلاء إذا كان طلاقا كان مزيلا للملك ، بخلاف المفقود فإنه يظهر لم منه طلاق لا معجل ولا مؤجل (قوله ولا بالعنة) جواب عن القياس بالعنة . وتقريره أن العنة بعد ما استمرت سنة كانت طبيعة والطبيعة لا تنحل ففات حقها على التأيد فيفرق بينهما بعد سنة دفعا للضرر عنها ، بخلاف امرأة المفقود فإن حقها مرجو قبل مضي أربع سنين وبعده (قوله وإذا تم له مائة وعشرون سنة) اختلفت روايات أصحابنا في مدة المفقود ، فروى الحسن عن أبي حنيفة

(قوله والطبيعة لا تنحل النخ) أقول : في كلامه إشارة إلى أن قلما في كلام المصنف للنخ .

الحسن عن أبي حنيفة : وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران ، وفي المروى عن أبي يوسف بمائة سنة ، وقدره بعضهم بتسعين ، والأقيس أن لا يقدر بشيء . والأرفق أن يقدر بتسعين ، وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت (ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت) كأنه مات في ذلك الوقت معاينة إذ الحكمي معتبر بالحقيق

الحسن عن أبي حنيفة ، وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران ، وفي المروى عن أبي يوسف بمائة سنة . وقدره بعضهم بتسعين ، والأقيس أن لا يقدر بشيء . (والأرفق أن يقدر بتسعين) وجه رواية الحسن أن الأعمار في زماننا قلما تزيد على مائة وعشرين ، بل لا يسمع أكثر من ذلك فيقدر بها تقديرا بالأكثر ، وأما ما قيل إن هذا يرجع إلى قول أهل الطبائع فإنهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من ذلك ، وقولهم باطل بالنصوص كنوح عليه السلام وغيره ، فما لا ينبغي أن يذكر توجيه المذهب من مذاهب الفقهاء ، وكيف وهم أعرف بما دلت عليه النصوص والتواريخ بالأعمار السالفة للبشر بل لا يحل لأحد أن يحكم على أئمة المسلمين أنهم اعتمدوا في قول لهم على أمرهم بعرفون ببطلانه ويوجبون عدم اعتباره في شيء من الأشياء . ووجه ظاهر الرواية أنه من النوادر أن يعيش الإنسان بعد موت أقرانه فلا ينبغي الحكم عليه . ثم اختلفوا : فذهب بعض المشايخ إلى أن المعتبر موت أقرانه من جميع البلاد وآخرون أن المعتبر موت أقرانه في بلده ، فإن الأعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الأقطار بحسب إجرائه سبحانه وتعالى العادة ، ولذا قالوا : إن الصقالية أطول أعمارا من الروم ، فإنما يعتبر بأقرانه في بلده ، ولأن في ذلك حرجا كبيرا في تعرف موتهم من البلدان ، بخلافه من بلده فإنما فيه نوع حرج محتمل . وأما المروى عن أبي يوسف فذكر عنه وجه يشبه أن يكون على سبيل المداعبة منه لهم . قيل إنه سئل عنه فقال : أنا أئنه لكم بطريق محسوس فإن المولود إذا كان بعد عشر يدور حول أبويه هكذا وعقد عشرا ، فإذا كان ابن عشرين فهو بين الصبا والشباب هكذا ، وعقد عشرين ، فإذا كان ابن ثلاثين يستوى هكذا وعقد ثلاثين ، فإذا كان ابن أربعين يحمل عليه

أنها مائة وعشرون سنة من يوم ولد ، فإذا مضت هذه المدة حكمنا بموته . قيل : وهذا يرجع إلى قول أهل الطبائع والنجوم فإنهم يقولون : لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة . وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الأقران فإنه إذا لم يبق أحد من أقرانه حيا حكم بموته لأن ما تقع الحاجة إلى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع إلى أمثاله كقيم الممتلكات ومهر مثل النساء ، وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر دون النادر . وهل يعتبر بأقرانه في جميع الدنيا أو في الإقليم الذي هو فيه ذكرناه في شرح الفرائض السرجية . وفي المروى عن أبي يوسف بمائة سنة لأن الظاهر أن لا يعيش أحد في زماننا أكثر من مائة سنة ، وقدر بعضهم بتسعين لأنه متوسط ليس بغالب ولا نادر . والأقيس وأفضل تفضيل للمفعول وهو المقيس على طريق الشذوذ كقولهم : أشغل من ذات النحين أن لا يقدر بشيء من المقدرات كالمائة والتسعين ولكنه يقدر بموت الأقران ، لأنه لو لم يقدر بشيء أصلا لتعطل حكم المفقود ، والأرفق أن يقدر بتسعين لأنه أقل ما ذكر فيه من المقادير (قوله وإذا حكم بموته) ظاهر

(قوله فطريقه) أقول : أي طريق معرفته (قوله وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر) أقول : قوله وبناء مبتدأ ، وقوله على الظاهر خبره (قوله أن لا يقدر بشيء من المقدرات الخ) أقول : من القدر لامن القدرة (قوله لأنه لو لم يقدر الخ) أقول : لتلليل لتقييد شيء بقوله من المقدرات كالمائة والتسعين (قوله والأرفق ، إلى قوله : لأنه الخ) أقول : في التلليل نوع قصور ، والأولى أن يضم إليه ، والتفحص عن حال الأقران أنهم ماتوا أولا غير ممكن عادة كما صرح به العلامة السكاكي ، ولكن لا يخفى أن سلب الإمكان إنما يصح إذا اعتبر أقرانه في جميع البلدان ثم ذكر في شروح الفرائض السراجية أنه ذهب بعضهم إلى أنها سبعون سنة لما ورد في الحديث المشهور في أعمار هذه الأمة ، في تلليل الشارح بحث . إلا أن يقال : المراد المقادير التي يعتد بها وهذه ليست كذلك فليتامل .

(ومن مات قبل ذلك لم يرث منه) لأنه لم يحكم بموته فيها فصار كما إذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أحدا مات في حال فقده) لأن بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق (وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصى) ثم الأصل أنه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي

الأثقال هكذا وعقد أربعين ، فإذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الأثقال والأشغال هكذا وعقد خمسين ، فإذا كان ابن ستين ينتفض للشيخوخة هكذا وعقد ستين ، فإذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا وعقد سبعين ، فإذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وعقد ثمانين ، فإذا كان ابن تسعين تنضم أعضاؤه في بطنه هكذا وعقد تسعين . فإذا كان ابن مائة يتحول من الدنيا إلى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى إلى اليسرى ، ولا شك أن يمثل هذا لا يثبت بالحكم ، وإنما المعول عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطا ، والغالب فيمن طال عمره أن لا يجاوز المائة . فقوله في المبسوط : وكان محمد بن سلمة يقضى بقول أبي يوسف حتى تبين له خطؤه في نفسه فإنه عاش مائة وسبع سنين ليس موجبا لخطئه لأنه مبني على الغالب عنده ، وكونه هو خرج عن الغالب لا يكون مخطئا فيما أعطى من الحكم ، وكذا ذكر الإمام سراج الدين في فرائضه عن نصير بن يحيى أنها مائة سنة لأن الحياة بعدها نادر ، ولا عبرة بالنادر . وروى أنه عاش مائة سنة وتسع سنين أو أكثر ولم يرجع عن قوله : واختار الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد أنها تسعون سنة لأن الغالب في أعمار أهل زماننا هذا ، وهذا لا يصح إلا أن يقال : إن الغالب في الأعمار الطوال في أهل زماننا أن لا تزيد على ذلك ، نعم المتأخرون الذين اختاروا ستين بنوه على الغالب من الأعمار . والحاصل أن الاختلاف ما جاء إلا من اختلاف الرأي في أن الغالب هذا في الطول أو مطلقا . فلذا قال شمس الأئمة : الأليق بطريق الفقه أن لا يقدر بشيء لأن نصب المقادير بالرأى لا يكون وهذا هو قول المصنف الأقيس الخ ، ولكن نقول : إذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتبارا لحاله بحال نظائره . وهذا رجوع إلى ظاهر الرواية : قال المصنف (والأرفق) أي بالناس (أن يقدر بتسعين) وأرفق منه التقدير بستين . وعندى الأحسن سبعون لقوله صلى الله عليه وسلم «أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين» فكانت المنتهى غالبا . وقال بعضهم : يفوض إلى رأى القاضى ، فأى وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم للوفاة كأنه مات فيه معاينة ، إذ الحكمى معتبر بالحقيقى (قوله ومن مات منهم) أى ممن يرث المفقود (قبل ذلك) أى قبل أن يحكم بموت المفقود (لم يرث من المفقود) بناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فتجرى مناصحة فترث ورثته من المفقود (لأنه لم يحكم بموت المفقود بعد) وحين مات هذا كان المفقود محكوما بمجائته كما إذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أحدا مات في حال فقده لأن بقاءه حيا في ذلك الوقت) يعنى وقت موت ذلك الأحد (باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق) بل في دفع الاستحقاق عليه ولذا جعلناه حيا في حق نفسه فلا يرث ماله في حال فقده ميتا في حق غيره فلا يرث هو غيره (وكذلك) لو (أوصى له ومات الموصى) في حال فقده قال محمد : لا أقضى بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود : يعنى يوقف نصيب المفقود الموصى له به إلى أن يقضى بموته ، فإذا قضى به جعل كأنه مات الآن ، وفي استحقاقه لمال غيره كأنه مات حين فقد ، وهذا معنى قولنا المفقود ميت في مال غيره (قوله ثم الأصل أنه إذا مات من بحيث يرثه المفقود إن كان مع المفقود وارث لا يحجب بالمفقود) حجب حرمان (ولكنه ينتقص حقه به يعطى) ذلك الوارث (أقل نصيبه ويوقف الباقي) حتى يظهر (وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصى) أى لا تصح الوصية بل توقف . وذكر في الذخيرة : وإذا أوصى

وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى أصلاً. بيانه: رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الأجنبي. وتصادقوا على فقد الابن وطلبت البنات الميراث تعطيان النصف لأنه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لأنهم يحجبون بالمفقود ، ولو كان حياً فلا يستحقون الميراث بالشك (ولا ينزع من يد الأجنبي إلا إذا ظهرت منه خيانة)

حياة المفقود أو موته أو يقضى بموته (وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى) لذلك الوارث شيئاً (بيانه: رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن أو ابنة ابن والمال) الموروث (في يد أجنبي وتصادقوا) أى الأجنبي والورثة (على فقد الابن وطلبت البنات الميراث تعطيان النصف لأنه متيقن به) لأن أخاهما المفقود إن كان حياً فلهما النصف ، وإن كان ميتاً فلهما الثلثان ، فالنصف متيقن فتعطيان (ويوقف النصف الآخر) في يد الأجنبي الذى هو في يده (ولا يعطى ولد الابن شيئاً لأنهم يحجبون بالمفقود لو كان حياً ، ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الأجنبي (إلا إذا ظهرت منه خيانة) بأن كان أنكر أن للميت عنده مالا حتى أقامت البنات البينة عليه فقضى بها ، لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقيين فإنه حينئذ يؤخذ الفضل الباقي منه ويوضع في يد عدل لظهور خيانه ، ولو كانوا لم يتصادقوا على فقد الابن بل قال الأجنبي الذى في يده المال مات المفقود قبل أبيه فإنه يجبر على دفعه للثنتين لأن إقراره معتبر فيما في يده ، وقد أقر أن ثلثيه للثنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع إقراره قول أولاد الابن أبونا أو عننا مفقود ، لأنهم بهذا القول لا يدعون لأنفسهم شيئاً ويوقف الثلث الباقي في يده ، ولو كان المال في يد البنين وانفقوا على الفقد لا يحول المال من موضعه ولا يؤثر شيء للمفقود بل يقضى للثنتين بالنصف ميراثاً ويوقف النصف في أيديهما على حكم ملك الميت ، فإن ظهر المفقود حياً دفع إليه ، وإن ظهر ميتاً أعطى

رجل للمفقود بشيء فإني لا أقضى بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود لأن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث تحبس حصة المفقود إلى أن يظهر حاله، فكذلك في الوصية، والأصل المذكور في الكتاب ظاهر (قوله وتصادقوا) أى الورثة المذكورون والأجنبي، وإنما قيد بالتصادق لأن الأجنبي الذى في يده المال إذا قال قد مات المفقود قبل أبيه فإنه يجبر على دفع الثلثين إلى البنين، لأن إقرار ذى اليد فيما في يده معتبر ، وقد أقر بأن ثلثي ما في يده لهما فيجبر على تسليم ذلك إليهما . وقول أولاد الابن أبونا مفقود لا يمنع إقرار ذى اليد لأنهم لا يدعون لأنفسهم شيئاً بهذا القول ويوقف الباقي على يد ذى اليد حتى يظهر مستحقه ، هذا إذا أقر من في يده المال ، أما لو جمده أن يكون المال في يده للميت فأقامت البنات البينة أن أباهما مات وترك المال ميراثاً لهما ولأخيهما المفقود ، فإن كان حياً فهو الوارث معهما ، وإن كان ميتاً فولده الوارث معهما فإنه يدفع إلى البنين النصف لأنهما بهما البينة تثبتان الملك لأبيهما في هذا المال والأب ميت وأحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في إثبات الملك له بالبينة ، وإذا ثبت ذلك يدفع إليهما المتيقن وهو النصف ، ويوقف النصف الباقي على يد عدل ، لأن الذى في يده جمده وهو غير موثمن عليه ، وإنما قيد بقوله والمال في يد أجنبي لأنه إذا كان في يد الابنتين والمسئلة بحالها فإن القاضى لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئاً للمفقود ، ومراده بهذا اللفظ أنه لا يخرج شيئاً من أيديهما لأن النصف صار بينهما يقيين والنصف الباقي للمفقود من وجه . ويريد بقوله ولا يقف منه شيئاً للمفقود أن لا يجعل شيئاً مما في يد الابنتين ملكاً للمفقود على الحقيقة ، وكذلك لو كان المال في يد ولدى الابن المفقود فطلبت

(قال المصنف : ولا ينزع من يد الأجنبي الخ) أقول : وفي العقار خلاف سياتى في فصل القضاء بالمواريث إذا جمده من في يده ، والظاهر أن المراد هنا بالحياة ما هو غير الجحود وإن كان المفهوم من كلام بعض الشارحين أنها هو هنا .

ونظير هذا الحمل فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ماعليه الفتوى ، ولو كان معه وارث آخر إن كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه ، وإن كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى ، وإن كان ممن يتغير به يعطى الأقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى بآتم من هذا ، والله أعلم .

البنتان سدس كل المال من ذلك النصف والثالث الباقي لولد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين . ولو قالت البنتان مات أخونا وليس بمفقود وقال ولد الابن بل مفقود والمال في أيديهما أعطيتا الثلثين ووقف الثلث ، لأنهما في هذه يدعيان الثلثين والمال في أيديهما ، فإن ظهر حياته أخذ منهما السدس له ، ولو كان المال في يد ولد المفقود وانفقوا أنه مفقود يعطى البنتان النصف ، لأنهما إنما ادعياه بالإقرار بفقده ويوقف النصف الآخر في يد من كان في يده ، ولو ادعى ولد المفقود أن أباهما مات لم أدفع إليهما شيئا حتى تقوم البينة على موته قبل أبيه أو بعده ، فإذا قامت على موته قبله يعطى لم الثلث والثلاثان للبنتين لأن الميت على هذا مات عن بنتين وأولاد ابن ، وإن قامت عليه بعده يعطى لم النصف لأن الميت مات عن بنت وابن ثم مات الابن عن ولد . قال المصنف (ونظيره) أى في وقف الميراث عند الشك في النصيب (الحمل فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ماعليه الفتوى) واحترز به عما روى عن أبي حنيفة أنه يوقف له ميراث أربع بنين لما قال شريك : رأيت بالكوفة لأبي إسحاق أربع بنين في بطن واحد وعما ، عن محمد ميراث ثلاثة بنين ، وفي أخرى نصيب ابنين ، وهو رواية عن أبي يوسف ، وعن أبي يوسف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى (ولو كان مع الحمل وارث آخر لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل) يعطى كل نصيبه للتيقن به على كل حال وكذا إذا ترك ابنا وامراة حاملا تعطى المرأة الثمن (وإن كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى) شيئا (وإن كان ممن يتغير ويعطى الأقل للتيقن به) مثاله ترك امراة حاملا : وجدة تعطى السدس لأنه لا يتغير لها ، ولو ترك حاملا وأخا وعملا يعطى شيئا لأن الأخ يسقط بالابن ، وجائر أن يكون الحمل ابنا فكان بين أن يسقط ولا يسقط ، فكان أصل الاستحقاق مشكوكا فيه فلا يعطى شيئا . ولو ترك حاملا وأما أو زوجة تأخذ

البنتان ميراثهما وانفقوا على أن الابن مفقود فإنه تعطى البنتان النصف وهو أدنى ما يصيبهما وترك الباقي في يد ولدى الابن المفقود من غير أن يقضى به لهما ولا لأبيهما ، لأننا لو قدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين فكان النصف متيقنا به . قوله (ونظير هذا) يعنى المفقود الحمل في حق توقف النصف فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ماعليه الفتوى ، وقد ذكرناه في الرسالة وشرحها وشرح الفرائض السراجية في علم الفرائض . قوله (ولو كان معه) أى مع الحمل (وارث آخر) إن كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه ، كما إذا ترك امراة حاملا وجدة فإن للجدة السدس لأنه لا يتغير فرضها بالحمل ، وكذلك إذا ترك ابنا وامراة حاملا فإن المرأة تعطى الثمن لأنه لا يتغير فريضتها وإن كان ممن يسقط بالحمل لا تعطى كابن الابن والأخ أو العم ، فإنه لو ترك امراة حاملا وأخا أو عملا لا يعطى الأخ والعم شيئا ، لأن من الجائر أن يكون الحمل ابنا فيسقط معه الأخ والعم ، فلما كان ممن يسقط بحال كان أصل الاستحقاق له مشكوكا فلا يعطى شيئا لذلك . وإن كان ممن يتغير به يعطى الأقل للتيقن به كالزوجة والأم ، فإنه إن كان الحمل حيا ترث الزوجة الثمن والأم السدس ، وإن لم يكن حيا فهما يرثان الربع والثالث فتعطيان الثمن والسدس للتيقن كما في المفقود : يعنى أنه إذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا فللجدة السدس كما ذكرنا في الحمل لأنه لا يتغير نصيبها ، وكذلك لو ترك أخا وابنا مفقودا لا يعطى الأخ شيئا ، وكذلك لو ترك أبيا وابنا مفقودا فإنه إن كان المفقود حيا تستحق الأم السدس ، وإن كان ميتا تستحق الثلث كما في الحمل ، والله أعلم .

(قوله لو ترك امراة حاملا وأخا الخ) . أو عما . أقول : لم يذكر ابن الابن هنا لأنه علم حاله آنفا ما ذكره في المفقود .

كتاب الشركة

(الشركة جائزة) لأنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه . قال

الأم السدس والزوجة الثمن . لأنه لو كان ميتا أخذت الأم الثلث أو حيا أخذت السدس والزوجة الثمن ، لأنه لو كان ميتا أخذت الربع ، والله الموفق للصواب .

كتاب الشركة

هو بإسكان الراء في المعروف . أورد الشركة عقيب المفقود لتناسبها بوجهين : كون مال أحدهما أمانة في يد الآخر ، كما أن مال المفقود أمانة في يد الحاضر . وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حي ، وهذه مناسبة خاصة بينهما . والأولى عامة فيهما . وفي الآبق واللقيط والنقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط ، وإنما قدم المفقود عليها وأولاه الإباق لشمول عرضية الهلاك كلا من نفس المفقود والآبق . وكأن بعضهم تخيل أن عرضية الهلاك للمال فقال : لأن المال على عرضية التوى . وحاصل محاسن الشركة ترجع إلى الاستعانة في تحصيل المال . والشركة لغة : خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما ، وما قيل إنه اختلاط النصيبين تساهل ، فإن الشركة اسم المصدر ، والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شركا ، فظهر أنها فعل الإنسان وفعله الخلط . وأما الاختلاط فصفة تثبت للمال عن فعلهما ليس له اسم من المادة ، ولا يظن أن اسمه الاشتراك لأن الاشتراك فعلهما أيضا مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة ، ويعدى إلى المال بحرف «في» فيقال اشتركا في المال : أى حقا الخلط فيه ، فالمال مشترك فيه : أى تعلق به اشتراكهما : أى خلطهما . وركنها في شركة العين اختلاطهما ، وفي شركة العقد اللفظ المقيد له . هذا ويقال الشركة على العقد نفسه لأنه سبب الخلط ، فإذا قيل شركة العقد بالإضافة فهي إضافة بيانية (قوله الشركة جائزة إلى آخره) قيل شرعيها بالكتاب والسنة والمعقول . أما الكتاب فقوله تعالى - فهم شركاء في الثلث - وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الأصلي الذي هو شركة العقد ، وقوله تعالى - وإن كثيرا من الخلطاء - أى من المشتركين لا ينص على جواز كل منهما مع أنه حكاية قول داود عليه الصلاة والسلام إنخبارا للخصمين عن شريعتهم إذ ذاك فلا يلزم استمراره في شريعتنا . وأما السنة

كتاب الشركة

مناسبة ترتيب الأبواب المارة انساقت إلى هاهنا على الوجوه المذكورة . ولما كان للشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث إن نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين في الشركة ذكرها عقبيه وهي عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر ثم سمي العقد الخاص بها وإن لم يوجد اختلاط النصيبين لأن العقد سبب له ، والشركة جائزة لأن النبي عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكبر منكر .

كتاب الشركة

(قوله وهي عبارة عن اختلاط نصيبين الخ) أقول : فيه تسامح ، فإن الاختلاط صفة النصيب والشركة صفة صاحب النصيب .

(الشركة ضربان : شركة أملاك ، وشركة عقود . فشركة الأملاك : العين يرثها رجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه، وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي) وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما إذا اتهم رجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما

فما في أبي داود وابن ماجه والحاكم عن السائب بن أبي السائب « أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم : كنت شريكى في الجاهلية فكنت خير شريك لا تدارئ ولا تمارى » وروى أحمد بن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السائب « أن النبي صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الإسلام في التجارة، فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلاة والسلام : مرحبا بأخى وشريكى كان لا يدارئ ولا يمارى ، ياسائب قد كنت تعمل أعمالا في الجاهلية لا تقبل منك وهى اليوم تقبل منك » وكان ذا سلف وصدقة ، واسم السائب صيني بن عائذ بن عبد الله ابن عمر بن مخزوم، وقول السبيل في أنه كثير الاضطراب، فمنهم من يرويه عن السائب، ومنهم من يرويه عن قيس ابن السائب، ومنهم من يرويه عن عبد الله بن السائب، وهذا اضطراب لا يثبت به شيء ولا تقوم به حجة ، إنما يصح إذا أراد الحجة في تعيين الشريك من كان ، أما غرضنا وهو ثبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثبت على كل حال . قال إبراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث : يدارئ مهموز في الحديث : أى يدافع . ثم أراد المشايخ هذا إنما يفيد أن الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل : أعنى أنه بحث وهم يتشاركون فقررهم ومفيد الجزء الثانى ما في أبي داود ومستدرک الحاكم عن أبي هريرة رضى الله عنه، عنه عليه الصلاة والسلام « قال الله تعالى - أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خانا خرجت من بينهما » زاد رزين « وجاء يد الشيطان » وضعفه القطان بجهالة والد أبي حيان وهو سعيد ، فإن الرواية عن أبي حيان عن أبيه وهو سعيد بن حيان ، ورواه غيره عن أبي حيان مرسل ، ورواه الدارقطنى « يد الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما » ولا شك أن كون الشركة مشروعة أظهر ثبوتها مما به ثبوتها من هذا الحديث ونحوه، إذ التوارث والتعامل بها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم وهلم جرا متصل لا يحتاج فيه إلى إثبات حديث بعينه فلماذا لم يزد المصنف على ادعاء تقريره صلى الله عليه وسلم عليها (قوله الشركة ضربان : شركة أملاك ، وشركة عقود . فشركة الأملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها) وظاهر هذا الحمل من القدورى القصر ، فذكر المصنف أنها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما إذا اتهم عينا أو ملكاها بالاستيلاء بأن استوليا على مال حربى يملك ماله بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما بأن انفتق كيساهما المتجاوران فاختلط ما فيهما أو اختلط بمخلطهما خلطا يمنع التمييز كالحنطة بالحنطة أو يتعسر كالحنطة بالشعير ؛ ولو قال : العين يملكها كان شاملا ، إلا أن بعضهم ذكر من شركة الأملاك الشركة في الدين فقبل مجاز لأن الدين وصنف شرعى لا يملك ، وقد يقال : بل يملك شرعا ولذا جاز هبته ممن عليه ، وقد يقال إن الهبة مجاز عن الإسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه ، والحق ما ذكرنا من ملكه ، ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى إذا دفع من عليه إلى أحدهما شيئا كان للآخر

وهى على ضربين : شركة أملاك ، وشركة عقود ، وكلامه ظاهر .

(قال المصنف : فشركة الأملاك العين) أقول : أى شركة العين ، فالمصنف مقدر (قال المصنف : يرثها رجلان أو يشتريانها) أقول : قوله يرثها صفة العين كما في قوله تعالى - كثل الحمار يحمل أسفارا - .

(١) (قوله ابن خثيم) بضم الخاء كما في أسماء الرجال لابن حجر اه .

أو بخلطهما خلطا يمنع التمييز رأسا أو إلا بخرج ، ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه ، وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى (والضرب الثاني : شركة العقود ، وركنها الإيجاب والقبول ، وهو أن يقول أحدهما شاركك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت)

الرجوع عليه بنصف ما أخذ ، وليس له أن يقول هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المدينون حصتك ، ولا يصح من المدينون أيضا أن يعطيه شيئا على أنه قضاه وآخر الآخر . قالوا : والحيلة في اختصاص الآخر بما أخذ دون شريكه أن يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته ، وحكم هذه الشركة أنه لا يجوز أن يتصرف في نصيب شريكه إلا بأمره لأن كلا منهما في نصيب الآخر كالأجنبي عن الشركة لعدم تضمينها وكالة ، وأنه يجوز له أن يبيع نصيبه من الشريك في جميع الصور (و) أما (من غير الشريك فيجوز بغير إذنه في جميع الصور إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز) بيع أحدهما نصيبه من غير الشريك (الإياذن الشريك) قال المصنف (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) وحقيقة الفرق ما أشار إليه في الفوائد الظهيرية وهو أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشترى أحدهما أو ورثاها كانت كل حصة مشتركة بينهما فيبيع كل منهما نصيبه شائعاً جازاً من الشريك والأجنبي ، بخلاف ما إذا كانت بالخلط والاختلاط ، لأن كل حصة مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها شركة ، فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه إلا بخلط نصيب الشريك فيتوقف على إذنه ، بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم . وأما ما ذكر شيخ الإسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعدى سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله إلى الخالط ، فإذا حصل بغير تعدٍ يكون سبب الزوال ثابتاً من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجه فإن تمام السبب فيه هو التعدى ، فعند علمه لا يثبت من وجه وإلا لكانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل أسبابها ، وأيضاً فالزوال إلى الخالط عينا لا إلى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلاً إلى الشريك الآخر عند البيع من الأجنبي ، بل المترتب عليه اعتباره زائلاً إلى الشريك الخالط عينا فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما زائلاً إلى الشريك في البيع من الأجنبي ، بل اعتبار نصيب غير الخالط فقط إذا باع من الأجنبي ، وإنما قلنا : إن تمام السبب التعدى لأن الخلط لا يظهر أثره في ذلك وإنما يتبين به أي تعد هو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدى في خلطه (قوله والضرب الثاني شركة العقود ، وركنها الإيجاب والقبول) ثم فسرهما المصنف بقوله (وهو أن يقول أحدهما شاركك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) أي في كذا من المال وفي كذا من التجارات البزازية أو البقالية في العنان أو في كل مالي ومالك وهما متساويان وفي جميع التجارات ، وكل كفيل عن الآخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سيأتي ، وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى ، ولهذا لودفع ألفا إلى رجل وقال أخرج مثلها واشتر ما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر أو أخذها وفعل انعقدت الشركة ، ويندب الإشهاد عليها . وذكر

وقوله (خلطاً يمنع التمييز رأساً) كخلط الحنطة بالحنطة ، أو إلا بخرج كخلطها بالشعير . وقوله (فإنه لا يجوز) يعني البيع (من الأجنبي) إلا بإذن شريكه . وقوله (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) قيل الفرق أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدى سبب لزوال الملك عن المخلوط إلى الخالط ، فإذا حصل بغير تعدٍ كان سبب الزوال ثابتاً من وجه دون وجه ، فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه عملاً بالشبهين .

وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه (ثم هي أربعة أوجه : مفاوضة ، وعنان ، وشركة الصنائع ، وشركة الوجوه .

محمد رحمه الله كيفية كتابتها فقال : هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة ، ثم يبين قدر رأس مال كل منهما ويقول : وذلك كله في أيديهما يشتريان به ويبيعان جميعاً وشئى ، ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة ، وهذا وإن ملكه كل بمطلق عقد الشركة إلا أن بعض العلماء يقول : لا يملكه واحد منهما إلا بالتصريح به فلتحترز عنه يكتب هذا ، ثم يقول : فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رموس أموالهما ، وما كان من ضبيعة أو تبعة فكل ذلك ، ولا خلاف أن اشتراط الوضبيعة بخلاف قدر رأس المال باطل ، واشتراط الربح متفاوتاً عندنا صحيح فيما سيذكر ، فإن كان شرطاً متفاوت فيه كتباه كذلك ويقول اشتركا على ذلك في يوم كذا في شهر كذا ، وإنما يكتب التاريخ كى لا يدعى أحدهما لنفسه حقاً فيما اشتراه الآخر قبل هذا التاريخ (قوله وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة) وعقد الشركة منصوب على المصدر معمولاً للعقود ، وكل صور عقود الشركة يتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة ، وإنما شرط ذلك (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه) أى حكم عقد الشركة (المطلوب منه) وهو الاشتراك في الربح ، إذ لو لم يكن كل منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف وأصيلاً في النصف الآخر لا يكون المستفاد مشتركاً لاختصاص المشتري بالمشتري ، واحترز به عن الاشتراك في التكدي والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد ، فإن الملك في كل ذلك يختص بمن يشر السبب (قوله ثم هي) أى شركة العقود على (أربعة أوجه : مفاوضة ، وعنان ، وشركة الصنائع ، وشركة الوجوه) قيل في وجه الحصر إن العقد إما أن يذكر فيه مال أو لا ، وفي الذكر إما أن تشترط المساواة في المال وربحه وتصرفه ونفعه وضرره أو لا ، فإن شرطاً ذلك فهو المفاوضة وإلا فهو العنان . وفي عدم ذكر المال إما أن يشترط العمل في مال الغير أو لا ، فالأول الصنائع ، والثاني الوجوه . وقيل عليه أنه يقتضى أن شركة الصنائع والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عناناً ، وليس كذلك كما سنذكره فيما يأتي ، فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان أبو جعفر الطحاوى وأبو الحسن الكرخى حيث قالوا : الشركة على ثلاثة أوجه : شركة بالأموال ، وشركة

وقوله (قابلاً للوكالة) احتراز عن الشركة في التكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد ، فإن الملك في هذه الصور يقع لمن يشر سببه خاصاً لاعلى وجه الاشتراك : أى شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة ، ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة بتضمن عقد الكفالة . ثم علل تضمن هذه العقود الكفالة بقوله (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه) أى من عقد الشركة ، وشرح هذا أن هذه العقود إنما تضمنت الوكالة لأن من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة ، ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركاً بينهما إلا أن يكون كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف وفي النصف عاملاً لنفسه حتى يصير المستفاد مشتركاً بينهما فصار كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة . وقوله (ثم هي أربعة أوجه) ذكر في وجه الحصر على ذلك أن الشريكين إما أن يذكر المال في العقد أولاً . فإن ذكرنا ، فلما أن يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال في رأسه وربحه أولاً . فإن لزم فهى المفاوضة وإلا فالعنان ، وإن لم يذكره فلما أن يشترط العمل فيما بينهما في مال الغير أو لا ، فالأول الصنائع والثاني الوجوه . ومعنى البيت : لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساوين إذا لم يكن لهم أمراء وسادات ، فلأنهم إذا كانوا متساوين تتحقق المنازعة بينهم ، والسراة جمع السرى

فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان في تساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما (لأنها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المساواة ، قال قائلهم : لا يصلح الناس فوضي لاسراة لهم ولا سراة إذا جهلهم سادوا أى متساويين . فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء

بالأعمال ، وشركة بالوجوه . وكل منهما على وجهين : مفاوضة وعنان ، وسيأتى البيان إن شاء الله تعالى (قوله فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان في تساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما) ويكون كل منهما كفيلًا عن الآخر في كل ما يباذره من عهدة ما يشتره كما أنه وكيل عنه (لأنها شركة عامة) يفوض كل منهما إلى صاحبه على العموم (في التجارات) والتصرفات لأن الفوضى الشركة والمفاوضة المساواة ، فلزم مطلق المساواة فيها يمكن الاشتراك فيه فعم التساوى في ذلك ، ولا يخفى أن قول المصنف إذ هي من المساواة تساهل لأنها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق ، بل هي من التفويض أو الفوضى الذى منه فاض الماء : إذا عم وانتشر ، وإنما أراد أن معناها المساواة ، واستشهد بقول الأفوه الأودى :

لا يصلح الناس فوضي لاسراة لهم ولا سراة إذا جهلهم سادوا

وبعده :

إذا تولى سراة الناس أمرهم نأ على ذلك أمر القسوم وازدادوا

وقيل بعده :

تهدى الأمور بأهل رأى ماصلحت فإن تولت فبالجهال يتقسادوا

ومعنى البيت : إذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون إليه بل كان كل واحد مستقلاً ينفذ مراده كيف كان تحققت المنازعة كما في قوله تعالى - أو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدتا - والسراة جمع سرى ، وهو السيد ، وجعله صاحب المفصل اسم جمع له كركب في راكب . والسرى فعل جمع على فعلة بالتحريك ، وأصله سروة تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت ألفا فصارت سراة ، وأصل سرى سريو اجتمعنا وسبقت إحداهما بالسكون فقلب الواو ياء ثم أدغمت في الياء ، وسيأتى وجه المساواة (فلا بد من تحقق المساواة ابتداء) عند عقد الشركة (وانتهاء) أى في مدة البقاء لأن عقد الشركة عقد غير لازم ، فإن لكل منهما أن يفسخه إذا شاء فكان لبقائه حكم الابتداء ، فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه ؛ حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا ، بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين لأن الشركة انتقلت إلى المشتري فإنما تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه . ولو اشتريا بجميع مال أحدهما ثم فضل مال الآخر ففي القياس تفسد المفاوضة ، وفي الاستحسان لا تفسد لأن الشراء بالمالين جميعا قل ما يتفق فيلزم باشرطه حرج ، ولأن المساواة قائمة معنى لأن الآخر لما ملك نصف المشتري صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف مالم يستحق به لصاحبه غير أنه لا يشترط اتحادهما صفة ، فلو كان لأحدهما دراهم سود وللآخر مثلهما بيض وقيمتاهما

وهو جمع عزيز لا يعرف غيره . وقيل هو اسم جمع للسرى . وقوله (فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء) أما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ اشتقاقه : وأما انتهاء فلأن المفاوضة من العقود الجائزة ، فإن لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء . وفي ابتداء المفاوضة تشترط المساواة فكذلك في الانتهاء

وذلك في المال ، والمراد به ماتصح الشركة فيه ، ولا يعتبر التفاضل فيما لا يوضح الشركة فيه ، وكذا في التصرف ، لأنه لو ملك أحدهما تصرفا لا يملك الآخر لفات التساوي ، وكذلك في الدين لما نبين إن شاء الله تعالى ، وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا . وفي القياس لا تجوز ، وهو قول الشافعي . وقال مالك : لا أعرف ما المفاوضة . وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول ، وكل ذلك بانفراده فاسد . وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم « فافوضوا فإنه أعظم للبركة »

متساوية صحت المفاوضة ، بخلاف مالو زادت ، وكذا لو كان لأحدهما ألف وللآخر مائة دينار وقيمتها ألف صحت ، فإن زادت صارت عنانا ، وكذا لو ورث أحدهما دراهم أو اتبها تنقلب عنانا . ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوي ماتصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهما دون العروض ، ولو كان لأحدهما ودیعة نقد لم تصح المفاوضة ، ولو كان له دين صحت إلى أن يقبضه ، فإذا قبضه فسدت وصارت عنانا ، ولذا يعتبر التساوي في التصرف ، فإنه لو ملك أحدهما تصرفا لم يملكه الآخر ففات التساوي ، وكذا في الدين لما نبين عن قريب (قوله وهذه الشركة جائزة في قول أصحابنا رحمهم الله استحسانا . والقياس أن لا تجوز ، وهو قول الشافعي رحمه الله . وقال مالك رحمه الله : لا أعرف ما المفاوضة) وهذا لا يلزم تناقض به كما قبل : إذ لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لأن العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد . والمعنى : لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع ، وما لا وجود له شرعا لا صحة له . وقد حكى عن أصحاب مالك أن المفاوضة تجوز وهي أن يفوض كل منهما إلى الآخر التصرف في غيبته وحضوره وتكون يده كيد غير أن لا يشترط التساوي في المالين ، ومن روى عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ، ذكره الشيخ أبو بكر الرازي (وجه) قولهما وهو وجه (القياس أنها تضمنت الوكالة) شراء (مجهول الجنس والكفالة بمجهول ، وكل بانفراده فاسد) ولو قال وكلتكم بشراء عبد أو ثوب لم يميز حتى يبين نوعه وصفته ، ولو كفّل لمن سيدينه بما يلزمه لا يصح فاجتماعها يزيد فسادا . فإن قيل : الوكالة العامة جائزة كما لو قال لآخر وكلتكم في مالي اصنع فيه ما شئت حتى يجوز له أن يفعل فيه ما شاء . قلنا : العموم غير مراد ، فإنه لا يثبت وكالة كل في شراء طعام أهل الآخر وكسوتهم ، فإذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس (وجه الاستحسان) أمران : أحدهما (ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « فافوضوا فإنه أعظم للبركة ») أي أن عقد المفاوضة أعظم للبركة ، وقوله صلى الله عليه وسلم « إذا فاضم فأحسنوا المفاوضة »

(وقوله وذلك) أي تحقق المساواة في المال ، والمراد به ماتصح الشركة فيه ، ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة كالعروض والديون والعقار ، حتى لو كان لأحدهما عروض أو ديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون . وقوله (كل ذلك بانفراده فاسد) أي كل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد ، حتى لو وكل رجلا وقال وكلتكم بالشراء أو بشراء الثوب كان فاسدا ، وكذلك الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل ، فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالبطلان . فإن قيل : الوكالة العامة جائزة كما إذا قال لآخر وكلتكم في مالي اصنع ما شئت فإنه يجوز له أن يتصرف في ماله . أجيب بأن العموم ليس بمراد هاهنا ، فإنه لا يثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لأهله ،

(قال المصنف : وكذا في التصرف) أقول : عطف على قوله وذلك في المال (قال المصنف : وكذلك في الدين) أقول : عطف على قوله وذلك في المال (قوله لما نبين إن شاء الله تعالى) أقول : إشارة إلى قوله ولا بين المسلم والكافر (قال المصنف : وقال مالك : لا أعرف ما المفاوضة) أقول : قال في الكافي : وهو تناقض ، لأنه إذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد ، إذ لا تصديق بلا تصور . ورد هذا بأن قوله لأدري ما يكون حكما بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض اهـ . وفيه بحث .

وكذا الناس يعاملونها من غير نكروه به يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة ولا تتعقد إلا بلفظة المفاوضة لبعده شرائطها عن علم العوام ، حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لأن المعتبر هو المعنى ، قال (فتجوز بين الحريين الكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقيق التساوى ،

وهذا الحديث لم يعرف في كتب الحديث أصلا ، والله أعلم به ، ولا يثبت به حجة على الخصم ، وإنما أخرج ابن ماجه في التجارات عن صالح بن صهيب عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاث فيهن البركة : بيع إلى أجل ، والمقارضة ، وإخلاط الثبر بالشعير للبيت لا للبيع » وفي بعض نسخ ابن ماجه : المفاوضة بدل المقارضة . ورواه إبراهيم الحري في كتاب غريب الحديث ، وضبطه المعارضة بالعين والضاد وفسرها ببيع عرض بعرض مثله (والآخر) ما ذكره من (أن الناس تعاملوا بها من غير نكروه به يترك القياس) لأن التعامل كالإجماع ولو منع ظهور التعامل بها على الشروط التي ذكرتم من المساواة في جميع ما يملكه كل من التقيود بل على شرط التفويض العام كما عن مالك أمكن . ثم أجاب عن القياس فقال (الجهالة متحملة) لأنها إنما تثبت (تبعا) والتصرف قد يصح تبعا ولا يصح مقصودا (كما في المضاربة) فلإنها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس ، وكذا شركة العنان فلا يتم الإلزام ، وانتظم الكلام الكلي وهو قوله والجهالة متحملة تبعا الجواب عن إلزام الكفالة لمجهول ، وفصل الجواب فيها في المبسوط فقال : وأما الجهالة فعينها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة بسببها ، وهو منعلم هذا لأن كل واحد إنما يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته ، وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم ، وكان المصنف إنما لم يعرج عليه ، لأنه لو صح صحة الكفالة لمجهول ابتداء ، لأن عند اللزوم لا بد أن يتعين المكفول له فافتنى بنى الإلزام بما ذكر من أن الشيء قد يصح تبعا لا قصدا ، ولا يلزم من عدم صحة الكفالة كذلك قصدا عدم صحتها ضمنا ، وعلى هذا يمكن إثبات صحتها شرعا أخذنا من هذا الجواب ، هكذا تصرف نافع لآمانع فيه في الشرع فوجب صحتها ، والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة بمجهول يمنع إذا ثبت قصدا ، ولا يلزم من منع الشيء إذا ثبت قصدا منعه إذا ثبت ضمنا . فإن قيل : فمن أين اشتراط المساواة في المال ؟ قلنا : هذا أمر يرجع إلى مجرد الاصطلاح ، وذلك أن الشركة في صورة يكون الشريكان متساويين المسالين على وجه التفويض على العموم جائزة بآمانع كما في صورة عدم تساويهما . فقلنا : إن عقدا على الوجه الأول سمي الشركة مفاوضة وإلا سميها عانا ، غير أنا اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت الشرط المذكور بلعلنا إياه علما على تمام المساواة في أمر الشركة ، فإذا ذكرناها تثبت أحكامها إقامة للفظ مقام المعنى ، بخلاف ما إذا لم يذكرها لعدم تحقق رضاها بأحكامها إلا أن يذكرها تمام معناها ، بأن يقول أحدهما : وهما حران مسلمان بالغان أو ذميان شاركتك في جميع ما أملك من نقد وقدر ماتملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر في التجارات والنقد والنسيئة ، وعلى أن كلا منا ضامن على الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع ، وهذا قول المصنف (وتنعقد بلفظ المفاوضة لبعده شرائطها عن فهم العوام ، حتى لو بينا جميع ما تقتضيه يجوز لأن المعتبر هو المعنى) واللفظ وسيلة إلى إفهامه ، ولوعقدا بلفظ

فلذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز (قوله والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة) يعنى الوكالة بمجهول الجنس موجودة في المضاربة وهى جائزة هناك تبعا فكذلك هاهنا ، ألا ترى أن شركة العنان تصح وإن تضمنت ذلك لأن ما يشترطه كل واحد منهما غير مسمى عند العقد فكذلك المفاوضة . وقوله (لأن المعتبر هو المعنى دون اللفظ) يوضحه أن الكفالة بشرط براءة الأصل حوالة ، والحوالة بشرط ضمان الأصل كفالة .

وإن كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا يجوز أيضا (لما قلنا) ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي* والبالغ لانعدام المساواة ، لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة ، والمملوك لا يملك واحدا منهما إلا بإذن المولى ، والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف إلا بإذن الولي . قال (ولا بين المسلم والكافر) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد : وقال أبو يوسف : يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ، ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوى والحنفى فإنها جائزة . ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية ، إلا أنه يكره لأن الذى لا يهتدى إلى الجائز من العقود . ولهما أنه لا تساوى في التصرف ، فإن الذى لو اشترى برأس المال خمورا أو خنازير صح ، ولو اشتراها مسلم لا يصح (ولا يجوز بين العبدین

المفاوضة وبعض شرائطها منتف انعدت عنانا إذا لم يكن المتنى من شروط العنان ويكون تعبيرا بالمفاوضة عن العنان (قوله وإن كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا) إن فيه للوصل . وقوله (لما قلنا) أى لتحقيق التساوى إذ الكفر كله ملة واحدة (قوله ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي* والبالغ لتعذر المساواة ، لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة ، والمملوك لا يملك واحدا منهما إلا بإذن المولى ، والصبي لا يملك الكفالة) أصلا ولو أذن له الولي (ولا يملك التصرف إلا بإذنه . قال : ولا بين الكافر والمسلم ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله : وقال أبو يوسف رحمه الله : يجوز للتساوى بينهما في صحة الوكالة والكفالة) وكون أحدهما وهو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الحر ونحوه لاعتبار به بعد تساويهما في أصل التصرف مباشرة ووكالة وكفالة (وصار كالمفاوضة بين الشافعى والحنفى فإنها جائزة ، ويتفاوتان في العقد على متروك التسمية إلا أنه يكره) أى عقد الشركة بين المسلم والكافر (لأن الذى لا يهتدى إلى الجائز من العقود أو لا يحترز من الربا فيكون سببا لوقوع المسلم في أكل الحرام) وقوله إلا أنه يكره استثناء من قوله قال أبو يوسف يجوز بناء على استعمال الجواز في أعم من الإباحة بمعنى استواء الطرفين وهو ما لا يعاقب عليه ، وفيه نظر لأن قضية الاستثناء أن ينتفى الحكم عما بعد إلا فيكون قد أخرج الكراهة التى يتضمنها الجواز عنه فلا يثبت ، فلأنما هو استدراك من الجواز فإن مطلقه ينصرف إلى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة : أى لكنه مكروه ، وبعض أهل الدرس قالوا : يريد الاستثناء المنقطع لما رأوه بمعنى لكن ، وهو غلط لأن المستثنى فى المتصل والمنقطع مخرج من حكم الصلر ، فالحمار لم يحمى* فى قولك جاءوا إلا حمارا فيقتضى إخراج الكراهة عن ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة (ولهما أنه لا تساوى فى التصرف ، فإن الذى لو اشترى برأس ماله خمورا وخنازير يصح ، ولو اشتراها المسلم لا يصح) لكن بقى قول أبي يوسف كالمفاوضة بين الحنفى والشافعى مع التفاوت فيما يملك لم يجب عنه ، وكذا بين الكتابى والمجوسى فإن المجوسى يتصرف فى الموقوفة لأنه يعتقد مالىها دون الكتابى ، وكذا الكتابى يوافق نفسه للذبح دون المجوسى . وأجيب بأن

وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لتحقيق التساوى : أى فى كونهما ذميين . وقوله (ولا تجوز) أى المفاوضة بين الحر وبين المملوك ظاهر . واعترض على قوله ولهما أنه لا تساوى فى التصرف بأن المفاوضة تصح بين الكتابى والمجوسى مع أنها لا يتساويان فى التصرف ، فإن المجوسى يتصرف فى الموقوفة لاعتقاده المالية فيها ، والكتابى لا يتصرف فيها ، وكذلك الكتابى يوافق نفسه للذبح دون المجوسى لأن ذبيحته لا تحل ، وكذلك تصح بين الحنفى والشافعى مع وجود التفاوت بينهما كما قال أبو يوسف . وأجيب بأن عدم المساواة مبطل للعقد لاجمالة ، وللتفاوت فى الموقوفة لم يعتبر لأن من جعل الموقوفة مالا متقوما لا يفصل فيه بين الكتابى والمجوسى فتتحقق المساواة ، وأما مؤاخرته نفسه للذبح فإن المساواة بينهما ثابتة فى ذلك معنى لأن كل واحد من الكتابى والمجوسى من أهل أن يتقبل

ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين) لانعدام صحة الكفالة . وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ، ولا يشترط ذلك في العنان كان غنانا لاستجماع شرائط العنان ، إذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما . قال (وتنقد على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه ، وأما الكفالة : فلتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا . قال (وما يشتره كل واحد منهما يكون على الشركة لإطعام أهله وكسوتهم) وكذا كسوته ، وكذا الإدام لأن مقتضى العقد المساواة ، وكل واحد منهما

منهم من جعل الموقوذة مالا متقوما في حقهم فلا فصل بين المجوسى والكتاني فلتحقق المساواة في التصرف ، وأما مؤاجرة نفسه للذبح فكل منهما من أهل أن يتقبل ذلك العمل على أن يعمل بنفسه أو نائبه وإجارة المجوسى نفسه للذبح جائزة ليستوجب بها الأجر وإن كان لا تحمل ذبيحته ، وأما الحنفى والشافعى فالمساواة ثابتة لأن الدليل على كونه ليس مالا متقوما قائم ، وولاية الإلزام بالحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعى كالحنفى . وأما المسلم مع المرتد فلا تجوز الشركة بينهما في قولهم ، هكذا ذكره الكرخى . وذكر في الأصل قياس قول أبى يوسف أنه يجوز عنده (قوله ولا بين الصبيين) يعنى ولو أذن وليهما لأتاهما ليسا من أهل الكفالة ولا بين العبدین والمكاتبين (قوله وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الخ) وذلك كما لو عقد بالغ وصبى أو حرّ وعبد أو مكاتب أو شرطاً عدم الكفالة تصير عنانا وإن عمما التصرف والمال وتساويا فيه ، لأن عقد شركة العنان قد يكون عاما كما يكون خاصا ، بخلاف المفاوضة لا تكون لإعامة (قوله وتنقد) أى المفاوضة (على الوكالة والكفالة) وإن لم يصرح بهما فإن ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره : أى وكالة كل منهما عن الآخر في نصف ما يشتره وكفالة كل منهما الآخر (أما) انعقادها على (الوكالة فلتحقق غرض الشركة) وقوله (على ما بيناه) يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراط في الربح (وأما الكفالة فلتحقق المساواة) التى هى مقتضى المفاوضة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما بسبب ما هو من أفعالها وما يشبه ما هو تجارة (وما يشتره كل واحد منهما يكون على الشركة لإطعام أهله وكسوتهم) فيختص به ، ومع ذلك يكون

ذلك العمل على أن يقيمه بنفسه أو بنائبه ، وإجارة المجوسى للذبح صحيحة يستوجب بها الأجر وإن كان لا تحمل ذبيحته . وأما مسألة الحنفى والشافعى فإن المساواة بينهما ثابتة ، لأن الدلالة قامت على أن متروك التسمية عامدا ليس بمال متقوم ، ولا يجوز التصرف فيه للحنفى والشافعى جميعا لثبوت ولاية الإلزام بالحاجة فلتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف . وقوله (ولا بين الصبيين) يعنى وإن أذن لهما أبوهما لأن مبنى المفاوضة على الكفالة وهما ليسا من أهل ذلك ، وكذلك المكاتبان . وقوله (إذ هو) أى العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما : يعنى قد يكون عاما في أنواع التجارة وقد يكون في نوع خاص منها ، والمفاوضة عامة فيها فجاز أن يذكر لفظ المفاوضة ويراد معنى العنان ، كما يجوز إثبات معنى التخصيص بلفظ العموم (قوله وتنقد على الوكالة والكفالة) أى تنقد شركة المفاوضة على الوكالة كعمامة الشركات لىتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا : يعنى قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا ، وعلى الكفالة هو على معنى أن يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما باشره الآخر ، وإليه أشار بقوله : لىتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا . وقوله (لأن مقتضى العقد تعليل المستثنى منه) وهو قوله قد يكون على الشركة .

(قوله على أن يقيمه بنفسه أو بنائبه الخ) أقول : فيه بحث ، فإن المسلم أيضا من أهل أن يشترى الخمر أو الخنزير بنائبه كما سيجى . وفي كتاب الوكالة . وجوابه أن إجارة نفسه صحيحة دون اشتراء المسلم الخمر فتأمل .

قائم مقام صاحبه في التصرف ، وكان شراء أحدهما كشرائهما ، إلا ما استثناءه في الكتاب ، وهو استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة ، فإن الحاجة الراتبية معلومة الوقوع ، ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله ، ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة : والقياس أن يكون على الشركة لما بينا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) المشتري بالأصل وصاحبه بالكفالة ، ويرجع الكفيل على المشتري بحصته ، أدنى لأنه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما : قال (وما يلزم كل واحد منهما من الدين بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له) تحقيقا للمساواة ، فما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار ، ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة .

الآخر كفيلة عنه لمحتى كان لبائع الطعام والكسوة له ولعالم له وإدامهم أن يطالب الآخر ويرجع الآخر بما أدى على الشريك المشتري ، بخلاف ما لو اشترى أحدهما جارية للوطء بإذن شريكه فإنه يخص بها على ما سبأني في آخر الشركة إن شاء الله تعالى ، وإنما اختص بذلك ولم يقع على الشركة استحسانا بالضرورة (فإن الحاجة الراتبية معلوم وقوعها) أي المستمرة من قولهم رتب الشيء إذا دام ، ومنه أمر ترتب : أي دائم بفتح التاء الثانية وضمها (ولا يمكن إيجاب نفقة عياله على صاحبه) فكان مستثنى ضرورة (والقياس وقوعه على الشركة لما بينا) من أن مقتضى العقد

وقوله (لما بينا) إشارة إلى هذا التعليل . وقوله (وللبائع) أي لبائع الطعام والكسوة (قوله فما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستئجار) أما صورة البيع والشراء فظاهرة ، وأما صورة الاستئجار فهو أن يستأجر أحد المتفاوضين أجرا في تجارتها أو دابة أو شيئا من الأشياء للموثر أن يأخذ أيهما شاء لأن الإجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة ، وكذلك إن استأجره لحاجة نفسه أو استأجر لإبلا إلى مكة ينحج عليها فلممكاري أن يأخذ أيهما شاء ، إلا أن شريكه إذا أدى من خالص ماله رجع به عليه لأنه أدى ما كفل عنه بأمره ، وإن أدى من مال الشركة يرجع عليه بنصيب من المؤدى ، وأما في شركة العنان فلا يؤخذ به غير الذي استأجره لأنه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه . ومن القسم الآخر الجناية على بني آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة ؛ فلو ادعى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطأ لها أرش مقدر واستحلفه فحلف ثم أراد أن يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة ، فأما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلة به ، ألا ترى أنه لو ثبت بالبينة أو بمعاينة السبب لم يكن على الشريك من موجبها شيء ولا خصومة للمعنى عليه معه ، وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد والنفقة إذا ادعاه على أحدهما وحلفه عليه ليس له أن يحلف الآخر لما بينا وصورة الخلع ما إذا كانت المرأة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها فما لزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها ، وكذا لو أقرت ببذل الخلع لا يلزم على شريكها ، ومن هذا يتبين صورة غيره

(قال المصنف : وللبائع أن يأخذ بالثمن ، إلى قوله : مآدى) أقول : ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ، ولهذا لم يمتد إلى الكفالة وبقيت على مقتضى القياس فليتأمل (قال المصنف : فما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار) أقول : قال الإقناني : ولنا في عبارة صاحب الهداية نظري ؛ لأن حق الكلام أن يقول فما يصح فيه الاشتراك ثمن المشتري وأجرة ما استأجر لأنه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستئجار ، كذلك حق الكلام أن يقول : ومن القسم الآخر أرش الجناية والمهر والنفقة الخ ، لأنها هي الدين الواقعة بدلا عما لا يصح فيه الاشتراك الجناية والنكاح والخلع أنفسها ، إلى آخر ما قال فيعلم بأدنى فكر إن شاء الله تعالى اهـ . وفيه بحث ، وفي قوله لأنه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستئجار بحث ، لأن الكلام فيما يصح فيه الاشتراك لا في الدين الواقع بدلا عنه فيتبين أن يقول : فما يصح الاشتراك فيه المشتري والمستأجر وقس عليه .

قال (ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبيّ لزم صاحبه عند أبي حنيفة ، وقالا : لا يلزمه) لأنه تبرع ، ولهذا لا يصح من الصبيّ والعبد المأذون والمكاتب ، ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالإقراض والكفالة بالنفس . ولأبي حنيفة أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لأنه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره ، فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المعاوضة ،

المساواة ، ثم كفالة كل الآخر إنما هي فيما هو من ضمان التجارة ، أما ويشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار إن شاء أخذ المشتري منه بدينه وإن شاء أخذ به شريكه ، وضمن التجارة كضمن المشتري في البيع الجائز وقيمتها في الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة ، وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب أو استهلاك عند أبي حنيفة ، أو ودعة إذا جمدها أو استهلكها ، وكذا الغارية لأن تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له تملك الأصل فتصير في معنى التجارة ، ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كأروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص ، وعن هذا ليس له أن يحلف الشريك على العلم إذا أنكر الشريك الجاني ، بخلاف ما لو ادعى على أحدهما بيع خادم فأنكر فلم يدعى أن يحلف المدعى عليه على البتات وشريكه على العلم ، لأن كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعى يلزمهما ، بخلاف الجناية لو أقر أحدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستحلاف ؛ وصورة الخلع ما لو عقدت امرأة شركة معاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالت زوجها على مال لا يلزم شريكها ، وكذا لو أقرت ببذل الخلع أو التزمت أحد الشريكين وهو أجنبي (قوله ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبيّ لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : لا يلزم صاحبه لأنه) أي الكفيل (متبرع ولهذا لا تصح) الكفالة (من الصبيّ والعبد المأذون والمكاتب ولهذا) أيضا (لو صدر) أي عقد الكفالة (من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالإقراض) إذا أقرض أحدهما من مال التجارة لإنسان لا يلزم الشريك ، وإنما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لأن المريض له أقر بكفالة سابقة على المرض لزمته في كل المال بالإجماع لأن الإقرار بها يلاقى حال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما سنده . ذكره في الأسرار : وكون الإقراض لا يلزم الشريك ولو أخذ به سفتجة هو قول محمد وظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، وقال بعضهم : وقال أبو يوسف : لا يجوز ، ونسبه إلى الإيضاح ، وعبارة الإيضاح نقلها في النهاية وغيرها هكذا ، قال يضمن : يعني المقرض لشريكه توى المال أو لم يتو ، وقياس قول أبي يوسف يضمن المقرض حصّة شريكه . قال : وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة ؛ فعند أبي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك فكذا المقرض ، وعند أبي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض (ولأبي حنيفة أنه) أي عقد الكفالة (عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء) كالهبة بشرط العوض (لأنه) أي الكفيل المدلول عليه بالكفالة (يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه) إذا كفل بأمره فيلزم شريكه بعد ما لزم عليه (فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المعاوضة ،

(قوله ولو كفل أحدهما) ظاهر (قوله ولو صدر) يعني عقد الكفالة ، وإنما قيد بحال المرض لأن المريض لو أقر بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالإجماع لأن الإقرار بها يلاقى حال بقائها ، وفي حال البقاء الكفالة معاوضة . (قوله فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المعاوضة) يعني وحاجتنا ها هنا إلى البقاء إذ المطالبة تتوجه بعد الكفالة لأنها حكمها

(قوله وإنما قيد بحال المرض) أقول : يعني إنما قيد الصدور بحال المرض (قال المصنف : لأنه يستوجب الضمان) أقول : تبلي لكون الكفالة معاوضة فيها بقاء .

وبالنظر إلى الابتداء لم تصبح ممن ذكره وتصح من الثلث من المريض ، بخلاف الكفالة بالنفس لأنها تبرع ابتداء وانتهاء . وأما الإقراض فمن أبي حنيفة أنه يلزم صاحبه ، ولو سلم فهو إعارة فيكون لمثلها حكم عنها لاحكم البذل حتى لا يصبح فيه الأجل فلا يتحقق معاوضة ، ولو كانت الكفالة بغير أمره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة . ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد ، وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة لأنه معاوضة انتهاء .

وبالنظر إلى الابتداء لا يصح ممن ذكره (والوجه أن يقول ممن ذكره : يعني الصبي والعبد المأذون والمكاتب ، ولا يبعد أن يكون مبنيًا للمفعول بلا ضمير وأنه سقط من قلم الكاتب ما يشبه الهاء ، وهذا لأن الكفالة في الابتداء تبرع فلا يتصور تمامها معاوضة لأن التمام بناء على الابتداء . وقد يقال : إن الكفالة تلاقى الذمة والذمة في المأذون المشتركة بينه وبين المولى حتى صح إقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه ، بخلاف الحر البالغ لأنها لاقت حقه قصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشريك لأن لزومها ليس في حال البقاء ، لأننا إنما نقول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل . بخلاف الكفالة بالنفس فإنها تبرع ابتداء وبقاء ، إذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئًا في ذمته من المال . وأما الإقراض فإنه إعارة محضة ابتداء وانتهاء لمعاوضة ، وإلا كان بيع النقد بالنسيئة في الأموال الربوية (فيكون لمثلها) أى لمثل الدراهم أو الدنانير بالمقروضة (حكم عنها لاحكم البذل ولهذا لا يصح فيه التأجيل) أى لا يلزم أن يجرى على موجب التأجيل في الإعارة والقرض ، وإلا لزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل ، على أن عن أبي حنيفة رواية الحسن في القرض أنه يلزم الشريك بناء على شبه المعاوضة بلزوم المثل فلنا أن نمنع (قوله ولو كانت) الكفالة (بغير أمره) أى أمر المكفول عنه (لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة) انتهاء أيضا ، إذ لا يتمكن من الرجوع عليه . وقوله في الصحيح يشير إلى خلاف المشايخ ، وما ذكره المصنف مختار الفقيه أبي الليث ، وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه ، وعامة المشايخ جروا على الإطلاق ولم يتعرضوا للفرقة بين كونها بأمره أو لا (قوله وضمان الغصب والاستهلاك) وكذا ضمان المخالفة في الوديعة والعارية والإقرار بهذه الأشياء تلزم شريكه ، ولا معنى لتخصيص المصنف أبا حنيفة هنا لأن في ضمان الغصب والاستهلاك

فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حالة البقاء ، بخلاف الصبي وغيره لأن كلامنا ثمة في الابتداء بأنه هل يلزمه أولا ، فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم نعتبر هنا لأن الابتداء ثمة محتاج إليه ، ولا كذلك هنا لصحة الابتداء لكون الضامن من أهل الضمان دون الصبي (قوله لم يصح ممن ذكره يريد به الصبي والمجنون الخ) وأما الإقراض فعند أبي حنيفة : معنى أن فيه روايتين . قال في المبسوط : إن أقرض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أبي حنيفة لأنه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لأنه تبرع (قوله ولئن سلم فهو إعارة) أى ولئن سلمنا أن إقراض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فإنما لا يلزم لأن الإقراض إعارة لمعاوضة بدليل جوازه ، إذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الأموال الربوية ، فعلم بهذا أن ما يأخذه المقرض بعد الإقراض حكم عين ما أقرضه لاحكم بدله كما في الإعارة الحقيقية (قوله حتى لا يصبح فيه الأجل) أى لا يلزم لأن تأجيل الإقراض والعارية جائز ، لكن لا يلزم المضى على ذلك التأجيل (قوله ولو كانت الكفالة بغير أمره) متصل بقوله إذا كانت الكفالة بأمره (قوله في الصحيح) إشارة

(قال المصنف : وبالنظر إلى الابتداء لم يصح ممن ذكره) أقول : قال الإتيافي : أى ذكره أبو يوسف وعبد ، وكان القياس أن يقول :

قال (وإن ورث أحدهما مالا يصح فيه الشركة أو وهب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا) لغوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء . وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه ، إلا أنها تنقلب عنانا للإمكان ، فإن المساواة ليست بشرط فيه ، ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم (وإن ورث أحدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة) وكذا العقار لأنه لا تصح فيه الشركة

محمد مع أبي حنيفة في أنه يلزم شريكه ، وفي الكفالة مع أبي يوسف كما نقله آتفا : لأبي يوسف فيهما أنه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كأرض الجناية ، ولأنه بدل المستهلك والمستهلك لا تحتمله الشركة . ولهما أن ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ، ولهذا صح إقرار المأذون به عبدا كان أو صبي حرا ، وكذا المكاتب ويؤاخذ به في الجبال ، ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لأنه إنما يجب بأصل السبب ، وعند ذلك المحل قابل للتملك ، وكذا ملك المصنوب والمستهلك بالضمان ، وإذا كان كذلك كان كل من المتفاوضين ملتزما له ضرره ونفعه وفي الكافي : الإعارة للرهن نظير الكفالة خلافا وتعليلا . ووجه كونها معاوضة عنده انتهاء أنه لو هلك الرهن في يد المرتهن يرجع المعير على الرهن بقدر ماسقط من دينه ، ولو أقر أحد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته له لم يلزم الآخر عند أبي حنيفة ويلزمه عندهما ، وأصله أن الوكيل لا يملك العقد مع هؤلاء عنده خلافا لهما ، وسيأتي إن شاء الله تعالى (قوله وإن ورث أحدهما مالا تصح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عنانا) وكذا إذا وهب

إلى نفي ما ذهب إليه عامة المشايخ في شرح الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما إذا كانت بأمره أو بغير أمره لإطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث في شروح الجامع الصغير من التفرقة بينهما . وأجاب عن إطلاق جواب الكتاب : أي الجامع الصغير بأنه محمول على المقيد وهو الكفالة بالأمر لأنه حينئذ تكون معاوضة انتهاء وإلا فهو متبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة : يعني في أنه يلزم شريكه . وعند محمد ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في أنه يلزمه أيضا . وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول أنه لا يلزم الشريك ، وتلمح تحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة بأن محمدا مع أبي حنيفة في لزوم ضمان الغصب والاستهلاك الشريك فلا يكون لتخصيص أبي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه . ووجه قول أبي يوسف أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كأرض الجناية . ولهما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لأنه بدل مال محتمل للشركة فإنه يجب بأصل السبب ، وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المصنوب والمستهلك بالضمان ، وكذلك يصح إقرار المأذون به في الحال ، وكذلك يصح إقرار الصبي والمأذون له والمكاتب به ، ولو لم يكن ضمان تجارة لما صح ذلك معنى قوله لأنه معاوضة انتهاء . وقوله (وإن ورث أحدهما مالا) بالتنوين أي المال الذي تصح فيه الشركة كالدرهم والدنانير والفلس النافقة بطلت المفاوضة لما ذكر في الكتاب . وقوله (فإن المساواة ليست بشرط فيه) أي في العنان ابتداء ، وكل

= ذكره بضمير الاثنين ، أو كان القياس أن يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على صيغة المثنى المفعول ، فعمله وقع هكذا من قلم الكاتب هـ . والأمر فيه سهل ، فإن الضمير المستتر راجع إليهما بتأويل المذكور بل من ذكر (قوله والاستهلاك بمنزلة التجارة) أقول : لا يلائمه قوله فيما سيأتي لهما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة فليتأمل في التوجيه (قوله يظهر لك سقوط ما اعترض به) أقول : فيه بحث والمترسز الاتفاق والكاكى (قوله فإنه يجب بأصل السبب الخ) أقول : فيه إشارة إلى جواب سؤال بأن المستهلك لا يحتمل الشركة إذ المعلوم غير قابل للملك (قوله ولهذا ملك المصنوب الخ) أقول : مستند إلى أصل السبب (قوله وكذلك يصح إقرار الصبي والمأذون الخ)

فلا تشترط المساواة فيه .

له فقبضه أو تصدق به عليه أو وصى له به أو زادت قيمة دراهم أحدهما البيض على دراهم الآخر السود أو ذنايره قبل الشراء على ما قدمنا . كل ذلك إذا وصل إلى يده صارت عنانا ، ولو ورث مالا تصح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المفاوضة ، وكذا في باقي الأسباب التي ذكرناها ، وإنما بطلت لفوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة ، إذ هي أن المساواة شرط لبقاء صحتها ابتداء وبقاء ، وإنما كان ما هو شرط ابتدائها شرطاً لبقائها لكونه : أي عقد الشركة عقداً غير لازم فإن أحدهما بعد العقد لو أراد فسخها فسخها . وأورد عليه كيف يصح التعليل بعدم لزوم لأن لبقائها حكم الابتداء والإجارة عقد لازم حتى لا ينفرد أحد العاقلين فيها بالفسخ بل يجبر القاضى الممتنع على المضى : ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا تبقى بموت أحد المتعاقدين ، فتبين أن كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازماً كما يتحقق مع كونه غير لازم . أجب بأن القياس في الإجارة أن لا تكون لازمة كما هو مذهب شريح لكون المعقود عليه معلوماً في الحال فهو كالعارية ، لكنه لما كان عقد معاوضة والزم أصل في المعاوضات تحقيقاً للنظر من الجانبين وانفساخه بموت أحدهما لا باعتبار أن لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لأن الدار تنتقل إلى ملك الوارث بموت المستأجر ، فلو بقيت لزم إرث المنفعة المجردة وهي لا تورث ، ولهذا لو مات الموصى له بخدمة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل إلى ورثته لأن المنفعة المجردة لا تورث وإن كانت الوصية لازمة ، ولا بأس أن نذكر فروعا من شركة العين إذ قل ذكرها في الكتاب : أمر رجلا أن يشتري عبداً بعينه بينه وبينه فذهب فاشتراه وأشهد أنه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لأنه وكيل من جهة الآخر بشراء نصف المعين فلا يقلر أن يعزل نفسه بغير حضور الموكل ، وعلى هذا إذا اشتركا على أن ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك اليوم إلا بحضور الآخر لأن كلا منهما وكيل لصاحبه ، ولو أشهد الموكل على إخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى إذا تصرف قبل أن يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآخر فكذلك في الشركة ؛ ولو أمره أن يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور فالعبد بين الأمرين نصفين ولا شيء للمشتري فيه لأن الأول وكله بشراء نصفه له . وقيل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه ، فكذا لغيره لأنه إنما يملك لغيره ما يملك شراءه لنفسه ، ولما أمره الثاني أن يشتريه بينهما فقد أمره بشراء نصفه له فينصرف إلى

ما ليس بشرط ابتداء ليس بشرط فيه دواما ، لأن لدوامه حكم الابتداء لكونه عقداً غير لازم ، فإن أحد الشريكين إذا امتنع عن المضى على موجب العقد لا يجبره القاضى على ذلك ، وتأمل في كلام المصنف رحمه الله تأمل عالم بالتحقيق تدرك سقوط ما اعترض عليه بأن عقد الإجارة عقد لازم ، ومع هذا فللدوامه حكم الابتداء حتى أنها لا تبقى بموت أحد المتعاقدين ، فحينئذ كيف يصح التعليل بعدم لزوم لإثبات مدعاه وهو أن يكون لدوامه حكم الابتداء ، وذلك لأننا قد قلنا : كل ما هو عقد غير لازم فللدوامه حكم الابتداء وهو ثابت بالاستقراء ونضم هذه المقدمة إلى قولنا مانحن فيه من الشركة عقد غير لازم فيحصل لنا مانحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء ، وأما أن يكون بعض العقود اللازمة أيضاً لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضر في مطلوبنا لأن الموجبة

= أقول : الظاهر أن هذه الروايات وإن اتفقت على إثباتها للنسخ ، والمأذون صفة الصبى (قوله تدرك سقوط ما اعترض عليه) أقول : المعارض صاحب النهاية .

النصف الآخر لأن مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قبل ؛ ولا يمكن تصحيحه إلا بذلك ؛ ولو اشترى رجل عبدا وقبضه فطلب إليه آخر أن يشركه فيه فأشركه فيه فله نصفه بمثل نصف الثمن الذي اشتراه به ، وهذا بناء على أن مقتضى الشركة يقتضى التسوية ، قال الله تعالى - فهم شركاء في الثلث - إلا أن يبين خلافه ، ولو أشرك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهما أثلاثا ، ولو اشترى اثنان عبدا فأشركا فيه آخر فالقياس أن يكون له نصفه ولكل من المشترين رבעه لأن كلا صار مملكا نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد ، وفي الاستحسان له ثلثه ، لأنهما حين أشركاه سويا به بأنفسهما وكان كأنه اشترى العبد معهما ، ولو أشركه أحد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فأجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه وهو ظاهر . وروى ابن سماعه عن أبي يوسف رحمه الله أن أحد الشريكين إذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فأجاز شريكه كان بينهما أثلاثا لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء ، وكذا لو أشركه أحدهما في نصيبه ولم يسم في كم أشركه ثم أشركه الآخر في نصيبه كان له النصف . ولو قال أحدهما أشركتك في نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعه عن أبي يوسف كان مملكا جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد أشركتك بنصفه ؛ ألا ترى أن المشتري لو كان واحدا فقال لرجل أشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله أشركتك بنصفه ، بخلاف ما لو قال أشركتك في نصيبى فإنه لا يمكن أن يجعل بهذا اللفظ مملكا جميع نصيبه بإقامة حرف في مقام حرف الباء ، فإنه لو قال أشركتك بنصيبى كان باطلا فلذا كان له نصف نصيبه .

واعلم أن ثبوت الشركة فيما ذكرنا كله يبنى على صيرورة المشتري بائعا للذى أشركه وهو استفاد الملك منه ، فانبنى على هذا أن من اشترى عبدا فلم يقبضه حتى أشرك فيه رجلا لم يجز لأنه يبيع مالم يقبض كما لو ولاه إياه ، ولو أشركه بعد القبض ولم يسلمه إليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لأن هلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع ، ويعلم أنه لا بد من قبول الذى أشركه لأن لفظ أشركتك صار لإيجابا للبيع ، ولو قال أشركتك فيه على أن تنقد عني الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لأنه يبيع وشرط فاسد وهو أن ينقد عنه ثمن نصفه الذى هو له ، ولو نقد عنه رجع عليه بما نقد لأنه قضى دينه بأمره ولا شيء له في العبد لأن الإشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا ؛ ولو قبض نصف المبيع ثم أشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لا نصف النصف الذى قبضه لأن الإشراك يقتضى التسوية ، وإنما يصح إذا انصرف إشراكه إلى الكل ، ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لأن تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ ، وقضية اللفظ إشراكه في كله ؛ ولو قال رجل لآخر أينما اشترى هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أو فصاحبه فيه شريك له فهو جائز ، لأن كلا منهما موكل لصاحبه بأن يشترى نصف العبد له ، فأيهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه ، فإذا قبضه فهو كقبضهما لأن يد الوكيل كيد الموكل مالم يمنعه حتى لو مات كان من ماله ، فإن اشتراه معا أو اشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما تمام مقصود كل منهما ، ولو نقد أحدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو بغير أمر صاحبه رجع بنصفه عليه لأن بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكيلا عن الآخر في نقد الثمن من ماله ، كما لو اشتراه أحدهما ونقد الثمن فإن أذن كل منهما لشريكه في بيعه فباعه أحدهما على أن له نصفه كان بائعا نصيب شريكه بنصف الثمن ، ولو

الكلية لا تنعكس كنفسها ، وإن ورث أحدهما عرضا فهو له ، ولا تفسد المفاوضة لما ذكر في الكتاب ، ولأن هذه المفاوضة لا تمنع ابتداء فكذا لا تفسد بقاء .

(فصل)

(ولا تنعقد الشركة إلا بالدرهم والدنانير والفلوس النافقة) وقال مالك : تجوز بالعروض والمكيل والموزون

باعه إلا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين في قياس قول أبي حنيفة وفي قولهما البيع على نصف المأمور خاصة ، ومبناه على فصلين : أحدهما أن عند أبي حنيفة أن الوكيل يبيع العبد يملك بيع نصفه والوكيل يبيع نصفه يملك بيع نصف ذلك النصف ، وعندهما لا يملك . والثاني أن من قال بعثك هذا إلا نصفه بألف كان بائعا للنصف بألف ، ولو قال بعثك بألف على أن لي نصفه كان بائعا للنصف بخمسةائة لأن الكلام المقيد بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى ، فكأنه قال بعثك نصفه بألف ، فأما قوله على أن لي نصفه فحاصله ضم نفسه إلى المشتري فيما باعه منه ، وهذا وإن كان في ملكه لكنه إذا كان مفيدا تصح كما في شراء رب المال مال المضاربة من المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشتري فينقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري .

(مسألة) اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعاه مساومة بثلاثمائة أو بمائتين فالثمن بينهما نصفين ، ولو باعاه مرابحة بربح مائة أو بالعشرة أحد عشر كان الثمن بينهما أثلاثا لأن الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الأول . وأما بيع المرابحة والتولية والوضعية فباعتبار الثمن الأول ؛ ألا ترى أنه لا يستقيم هذه البيوع في المصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه ، وكذا لو كان مشتري بعوض لا مثل له والثمن الأول كان أثلاثا بينهما ، فكذا الثاني يوضحه أنا لو اعتبرنا في بيع المرابحة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الأول كان البيع مرابحة في حق أحدهما ووضعية في حق الآخر ، وقد نصا على بيع المرابحة في نصيهما فلا بد من اعتبار الثمن الأول كذلك ، بخلاف المساومة ، الكل من المبسوط .

(فصل)

لما ذكر اشترط المساواة في رأس مال الشركة المفاوضة احتاج إلى بيان أي مال تصح به فقال (لا تنعقد الشركة) أي شركة المفاوضة (إلا بالدرهم والدنانير والفلوس النافقة) يعني لا تنعقد المفاوضة إذا ذكر فيها المال إلا بذلك ، وإنما قلنا هذا لأنه ذكر في المبسوط أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا

(فصل)

لما كان البحث عما تنعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حديثه . وقال (ولا تنعقد الشركة) أي شركة المفاوضة لأن الكلام فيما إذا ذكر فيها المال إلا بالدرهم والدنانير . وإنما قيد بقولنا إذا ذكر فيها المال لأن ذكر المال ليس بحتم فيها فإن المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيها المال ، وكلامه واضح ، غير أن في ذكر خلاف مالك رحمه الله نظرا لما تقدم من قوله وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة إلا

(فصل)

(ولا تنعقد الشركة الخ)

أيضا إذا كان الجنس واحدا لأنها عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود، بخلاف المضاربة لأن القياس بأبائها لما فيها من ربح مالم يضمن .

المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال فصدق بعض المفاوضة تنعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس . وهو يناقض قوله لا تنعقد المفاوضة إلا بالدرهم الخ ، لأن الإيجاب الجزئي يناقض السلب الكلي . والتقيد بما ذكر يخرج الدين والعروض وهو قول أحمد والشافعي في وجهه ، وفي وجه يجوز بالعرض المثلث : وقال مالك تجوز بالعروض إذا اتحد جنسها . وقال الأوزاعي وحامد بن أبي سليمان : تجوز الشركة والمضاربة بالعروض . ولو وقع تفاضل في بيعها يرجع كل بقيمة عرضه عند العقد . وكما لا تجوز عندنا بالعرض لا يجوز أن يكون رأس مال أحدهما عرضا والآخر دراهم أو دنانير ، ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح . بل الشرط وجوده وقت الشراء . وتقدم أنه لو دفع إلى رجل ألفا وقال أخرج مثلها واشتر بها وبع فما ربحت فهو بيننا ففعل صح . إلا أنه لا بد أن يقيم البينة أنه فعل ليلزم الآخر إذا لم يصدقه لو ثبتت وضعية ، وقيد بالدراهم والدنانير لإخراج الحلي والتبر فلا يصلح أن رأس مال الشركة إلا فيما سنده . وأما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري والحاكم أبو الفضل في الكافي فيها خلافا ، بل اقتصر على أن قال : ولا تجوز الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس . وخص الكرخي الجواز بالفلوس على قولهما ، وبعضهم جعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال : لو كان رأس مال أحدهما فلوسا لم تجز الشركة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها إنما صارت ثمنا باصطلاح الناس وليست ثمنا في الأصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوها رأس مال الشركة . وعند محمد يجوز وهو قول أبي يوسف الأول . وقال المصنف (قالوا) يعني المتأخرين (هذا قول محمد) واستدل عليه بمسئلتين : إحداهما أن الفلوس لاتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين إذا كانا بعينهما عند محمد خلافا لهما : وسيأتى الوجه والتقيد بأعيانهما احترازا عما لو باع فلسا بفلسين ديناه فإنه لا يجوز اتفاقا لأن حرمة النساء تثبت باتحاد الجنس . وجه قول مالك أن الجنس إذا كان متحدا فقد (عقدت على رأس مال معلوم) فكانت كالنقود (بخلاف المضاربة) حيث لا تجوز إلا بالنقود لأنها شرعت على خلاف القياس (لما فيها من ربح مالم يضمن) فإن المال غير مضمون على المضارب

إذا ثبت عنه روايتان ، أو يكون تفريعا على قول من يقول بها صنيع أبي حنيفة في المزارعة . ثم قوله (لأنها عقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها) . وإن كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك . وقوله (بخلاف المضاربة) يعني أن المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لأن القياس بأبي جوازها لما فيها من ربح مالم يضمن فإن المال غير مضمون على المضارب ، فكان مأخوذا من الربح مال غير مضمون فلا يستحقه رب المال لأنه لم يعمل في ذلك الربح فلا تصح إلا فيما ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير ، وأما في الشركة فإن كل واحد

(قوله لأنها عقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها) أقول : قوله ثم قوله مبتدأ وقوله يقتضي جوازها خبره (قوله وإن كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك) أقول : فإن مالكا يشترط الخلط وتحقيقه في الجنس الواحد (قال المصنف : بخلاف المضاربة) أقول : في النهاية في كتاب المضاربة أن العروض تصلح رأس مال المضاربة عند مالك إلا أن يثبت عنه وإيتان اه . ثم رأيت السؤال والجواب بعينهما في غاية البيان في كتاب المضاربة (قال المصنف : لأن القياس بأبائها لما فيه من ربح مالم يضمن الخ) (أقول : لزوم ربح مالم يضمن في الشركة إذا كان الشراء بالتقدين في غاية الظهور على مذهب مالك فإن عنده يلزم في المضاربة إذا كان رأس المال أحد التقدين ربح مالم يضمن كما لا يخفى على المتأمل في دليله فلا بد له من الفرق ولم يعلم فليتدبر ، والفرق هو أنه لا بد عنه من الخلط فلا يؤدي إليه ، وفيه تأمل (قوله فلا يستحقه رب المال) أقول : وفيه بحث ، والصواب أن يقول : فلا يستحقه =

فيقتصر على مورد الشرع : ولنا أنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن ، لأنه إذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مالم يملك ومالم يضمن ، بخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمن ما يشتره في ذمته إذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن ، ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء ، ويبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز ، وشراء أحدهما شيئاً بماله على أن يكون المبيع بينه وبين غيره جائز : وأما الفلوس النافقة فلأنها تروج رواج الأثمان فالتحقت بها .

ويستحق ربحه (فيقتصر على مورد الشرع : ولنا أن رأس مال الشركة) في العروض والمكيل والموزون (يؤدي إلى ربح مالم يضمن) لأنه إذا باع كل منهما عرضه واتفق تفاضل الثمنين (فما يستحقه أحدهما من الزيادة على حصة رأس ماله) الذي هو ثمن عرضه (ربح مالم يملكه) ولم يضمنه (بخلاف النقود) فإن كل واحد ثم وكيل عن صاحبه في الشراء بماله ، وما يشتره كل منهما لا يتعلق برأس المال لعدم التعيين فيكون واجباً في ذمته فربحه ربح ماضيه . فإن قيل : هذا لا يلزم لأنه يشترط خلط العرضين لاتحاد جنسهما مكيلين أو موزونين أو غيرهما متحدتي القيمة ككتاب الكرباس من بابة واحدة . قلنا : الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وحبة مثلاً ، فإذا باعاً جملة في وقت طلوع السعر من ذلك لم يعلم أن عدد ما يبيع من الأجزاء وقبضه المشتري متساويان ، بل الظاهر أنهما متفاوتتان ، فيلزم اختصاص أحدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه ، والتخلص عنه ليس إلا بضبط قدر ملكه وهو مجهول فقد أدى إلى تعذر الوصول إلى قدر حقه وربح الآخر مالم يضمن ، ولأن القيمة لا تعرف إلا بالخزر والظن ولا يفيد أن العلم بالقيمة فيؤدي إلى المنازعة فيه ، وهذا إنما يلزم لو اعتبر رأس المال قيمة العروض ، أما إذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد : وقد خلطاه فيه فلا تنازع . نعم اللازم ربح مالم يضمن وتعذر ما يدفعه (ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء ، ويبيع الإنسان ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز ، وشراؤه شيئاً بماله على أن يكون الآخر شريكاً فيه يجوز) وعلمت أن الخلط لا ينفى ذلك (وجه قول محمد أن الفلوس إذا كانت نافقة تروج رواج الأثمان فالتحقت بها) ولا في حنيفة وأبي يوسف

من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوى فيه العروض والنقود كما لو عمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فتصح (قوله ولأنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن) ويبان ذلك أن الرجلين إذا عقدا الشركة في العروض ثم باع أحدهما رأس ماله بأضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كأنهما شريكين في الربح الذي حصل في مبيع أحدهما فحينئذ يأخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح مالم يضمن ولم يملك وذلك لا يجوز ، بخلاف الدراهم والدنانير لأن ما يشترى كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق به البيع ، بل يثبت وجوب الثمن في الذمة إذ الأثمان لا تتعين بالتعيين ، فلما كان الثمن واجباً عليهما في ذمتهما كان الثمن والربح الحاصل منه بينهما ضرورة فكان الربح ربح ماضيه ، ومعنى قوله (وتفاضل الثمنان) أي فضل أحدهما على الآخر كما ذكرنا ؛ وأما تفاضلهما معاً فمحال (قوله ولأن أول التصرف في العروض) دليل آخر وقد قرره في النهاية على وجه يحره إلى ربح مالم يضمن ، وذلك لأنه قال لأن صحة الشركة باعتبار الوكالة ، ففي كل موضع لا يجوز الوكالة بطلب الصفة لا يجوز الشركة ، ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أميناً ، فإذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح مالم يضمن ، فأما الوكيل بالشراء فهو ضامن بالثمن في ذمته ، فإذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما قد ضمن .

المضارب ، والشارح إنما عدل عن هذا لأن بيان الفرق بين المضاربة والشركة يتوقف عليه على ما قرره ، إلا أنه فرار من المطر إلى الميزاب فليأتمل .

قالوا : هذا قول محمد لأنها ملحقة بالنقود عنده حتى لاتتعين بالتعيين ، ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانها على ما عرف . أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لا تجوز الشركة والمضاربة بها لأن ثمنيتها تبدل ساعة فساعة وتصير سلعة . وروى عن أبي يوسف مثل قول محمد ، والأول أقيس وأظهر ، وعن أبي حنيفة صحة المضاربة بها . قال (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالتبر) والنقرة فتصح الشركة بهما ، هكذا ذكر في الكتاب (وفي الجامع الصغير : ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة) ومراده التبر ، فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات . وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لاتتعين بالتعيين حتى لاينفسخ العقد بها بهلاكه قبل التسليم ، فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما ، وهذا لما عرف أنهما خلقا ثمنين في الأصل ،

(أن ثمنيتها تبدل ساعة فساعة) فإنها باصطلاح الناس لا بالخلقة ، ففي كل ساعة تنقضي بانتفاء الخلقة . وتصير ثمننا بالاصطلاح القائم ، ولا يخفى أن هذا إنما هو في الملاحظة ، أما في الخارج فهي ثمن مستمر ما استمر الاصطلاح عليها . ولذا قال الإسييجاني : الصحيح أن عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لأنها صارت ثمننا باصطلاح الناس ، ولهذا لو اشترى شيئا بفلوس بعينها لم تتعين تلك الفلوس حتى لايفسد العقد لملاكها . قال المصنف (وروى عن أبي يوسف مثل قول محمد . والأول أقيس وأظهر) لأن قوله مع أبي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين (وعن أبي حنيفة جواز المضاربة بها) وعلى ما ذكر من مبسوط الإسييجاني يجب أن يكون قول الكل الآن على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كما ذكر فيما يليه حيث قال (ولا تجوز الشركة بما وراء ذلك إلا أن يتعامل الناس بها كالتبر) وهو غير المصوغ (والنقرة) وهي القطعة المذابة منها . ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك ، رواية الجامع لاتكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة ، ومراده التبر فعلى هذه التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس مال الشركات والمضاربات ، وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لاتتعين بالتعيين حتى لاينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم ، فعلى هذا تصلح رأس مال فيهما ، وهذا لما عرف

وقوله (قالوا هذا) أي جواز الشركة بالفلوس النافقة (قول محمد) وقيد (بأعيانها) لتظهر ثمة الخلاف ، فإنه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لايجوز بالإجماع المركب . وأما عندهما فوجود النسيئة في الجنس الواحد ، وأما عند محمد فلهذا ولمعنى الثمنية ، وأما إذا كانت بأعيانها فعندهما يجوز ، وعند محمد لايجوز ، وسيجيء تمام البحث فيه في كتاب البيوع إن شاء الله تعالى . قوله (والأول) يعني قول أبي يوسف مع أبي حنيفة (أقيس) لأنهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين أيضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وإن كانت نافقة لأن هذه المسئلة مبنية على تلك المسئلة ، لأنه لما جاز بيع الواحد بالاثنتين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض ، والعروض لاتصلح رأس مال الشركة . وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه تصح المضاربة بها : أي بالفلوس النافقة . قال (ولا تجوز بما سوى ذلك) كلامه واضح ، والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدوري رحمه الله (قوله تصلح رأس المال فيهما) أي في الشركة والمضاربة (قوله وهذا لما عرف) إشارة إلى (أن النقرة لاتتعين بالتعيين لأيهما)

(قال المصنف : ومراده التبر) أقول : قال في الكافي : التبر هو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة اهـ . لكن إذا قوبل بالنقود يراد به الذهب التبر المضروب .

إلا أن الأول أصبح لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثنية تختص بالضرب المخصوص لأن عند ذلك لا تصرف إلى شيء آخر ظاهرا إلا أن يجري التعامل باستعمالهما ثمنا فنزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال : ثم قوله ولا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكييل والموزون والعددي المتقارب ، ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ، ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضييعته ، وإن خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول أبي يوسف ، والشركة شركة ملك لا شركة عقد . وعند محمد تصح شركة العقد : وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالكين واشتراط التفاضل في الربح ، فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لأنه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما تعين قبله .

أنهما خلقا ثمينين : ثم قال (إلا أن الأول أصبح) يعني دراية لأنهما إنما خلقا للتجارة (لكن الثنية تختص بالضرب المخصوص) فخرج ضربها حليا فإنها تتعين البينة ، وينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم ولم يجر التعامل بهما (أى ثم قال (إلا أن يجري التعامل بهما) أى بالتبر والنقرة استثناء من قوله أصبح وهو كونهما لا تصح الشركة بهما فكان الثابت أنهم إذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت رأس مال في الشركة والمضاربة . ثم قال المصنف : قوله أى القدورى (لا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكييل والموزون والعدود المتقارب ولا خلاف فيه) بيننا (قبل الخلط) لأنها عروض محضة (لكل منهما متاعه وعليه وضييعته) ويختص بربحه (وكذا إن خلطا ثم اشتركا عند أبي يوسف) أى لكل منهما متاعه يخصه ربحه ووضييعته لانتهاء شركة العقد ، والوضيعة خسارة التاجر ، يقال منه مبني للمفعول وضع التاجر وكس في سلعته بوضع وضيعته : أى خسر . وقال قوم من العرب : وضع يوسف كوجل يوجل (وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد) إذا كان المخلوط جنسا واحدا (وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح) فعند أبي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم (وقول أبي يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبي حنيفة لأنه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصح رأس مالها ، وما لا يصح رأس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه ، كما أن ما يصح من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه ، وهذا لأن المانع قبل الخلط هو كونه يؤدي إلى ربح مالم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تفررا لأن المخلوط لا يكون إلا متعينا فيقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححا للعقد (قوله ولمحمد رحمه الله أنها) أى المكييل والموزون والعددي المتقارب (عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين

أى الذهب والفضة (قوله إلا أن الأول) يعني رواية الجامع الصغير (أصبح) وجعل ذلك في المبسوط ظاهر الرواية (قوله لأنها) أى لأن مثاقيل الذهب والفضة (قوله إلا أن يجري التعامل باستعمالهما) استثناء من قوله إلا أن الأول أصبح . يعني أن عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة أصبح ، إلا عند - بزيان التعامل باستعمالهما فحينئذ تجوز الشركة بهما كذا قيل . والأولى أن يجعل استثناء من قوله لكن الثنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق (قوله ولا خلاف فيه) أى في عدم جواز الشركة بالمكييل والموزون قبل الخلط فيما بيننا ، وإن خلطا ثم اشتركا ففيه الخلاف المذكور في الكتاب . وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالكين واشتراط التفاضل في الربح ؛ فعند أبي يوسف لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه ؛ وعند محمد رحمه الله الربح بينهما على ما شرطا (فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف) لأنه أى المذكور من المكييل والموزون والعددي المتقارب (يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله) وهو ظاهر ، وشرط جواز الشركة أن

ولمحمد أنها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها ديناً في الذمة . ومبيع من حيث أنه يتعين بالتعيين : فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحاليين ، بخلاف العروض لأنها ليست ثمناً بحال . ولو اختلفا جنساً كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطاً لاتنعقد الشركة بها بالاتفاق . والفرق لمحمد أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال ، ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما في العروض ، وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء :

ثمن من وجه حتى يصح الشراء بها ديناً في الذمة وهو من حكم الأيمان فعملنا (بالشبهين بالإضافة إلى الحاليين) وهما الخلط وعدمه بشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بها قبله ، ويشبه الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بها بعده ، وهذا لأن بالخلط تثبت شركة الملك فيتأكد بها شركة العقد (بخلاف العروض) المحضة (فإنها ليست ثمناً بحال) وظاهر الرواية هو الأظهر وجهها لأن المكييل والموزون قبل الخلط ليس شيئاً غير العرض له شبه به بل هو عرض محض ، وازداد في العرضية في الجملة وكون الشيء متصلاً في حقيقة وله شبه بأخرى لا يقال له شهبان ، وغايته أن الثبوت في الذمة عرض عام لحقيقتين مختلفتين ، والمفسد وهو ربح مالم يضمن لا يخل بالخلط وإلا لزم قول مالك وقد بيناه ، ولو كان المخلوط لهما جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقدا لاتجوز الشركة بالاتفاق (والفرق لمحمد) بين العقد بعد صحة الخلط في متفق الجنس حيث لايجوز والمختلفين حيث لايجوز (أن ما كان من جنس واحد من ذوات الأمثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس المال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل (و) المخلوط (من جنسين من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتتمكن الجهالة) لأنه لايمكن أن يصل كل منهما إلى غير نحقه من رأس المال وقت القسمة (كما في العروض) (قوله فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء) قيل أراد قضاء الجامع الصغير ، ولم يتفق في هذا الكتاب ، ويمكن تأويله أنه بينه في غيره إلا أنه

لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لثلا يلزم ربح مالم يضمن (ووجه قول محمد أنها) أى المكييل والموزون والعددي المتقارب (ثمن من وجه حتى جاز البيع بها ديناً في الذمة ومبيع) من وجه (من حيث أنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحاليين) يعنى الخلط وعدمه فلهيهما بالمبيع . قلنا : لاتجوز الشركة بها قبل الخلط ، ولشبهها بالثمن قلنا تجوز الشركة بها بعد الخلط ، وهذا لأن إضافة العقد إليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها على مايقويها وهو الخلط ، لأن بالخلط تثبت شركة الملك فيتأكد به شركة العقد لاحالة ، بخلاف العروض لأنها ليست ثمناً بحال ، فلو اختلفا جنساً كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلط لاتنعقد الشركة بها بالاتفاق ؛ فمحمد يحتاج إلى الفرق وهو ما ذكره أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال ، حتى أن من أثلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فتزول الجهالة ومن جنسين من ذوات القيم ، فإن من أثلفه يضمن قيمته ، وإذا كان من ذوات القيم كان بمنزلة العروض فتتمكن الجهالة كما في العروض ، وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء : أى قضاء الجامع الصغير ، وأما في هذا الكتاب فقد بيناه في كتاب الودعة . والدليل على أن مراده قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه بلفظ الماضي : يعنى ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال سنبينه ، والذي بينه هنا في كتاب الودعة أن الحنطة إذا كانت ودعة عند رجل فخلطها

(قوله حتى جاز البيع الخ) أقول : ويلزم ربح مالم يضمن إذا باع أحدهما حصته بنصف ما باع به الآخر فليأمل . (قوله وهذا لأن إضافة العقد) أقول : أى عقد الشركة (قوله فيتوقف ثبوتها على مايقويها) أقول : فيتوقف على ثبوتها .

خلاف المعتاد من المصنفين في إطلاق هذه العبارة . والحاصل أن الخالط تعديا يضمن نصيب المخلوط ماله إذا خلطه بجنسه أو بخلاف جنسه . ولا يتميز كشيرج رجل خلطه بزيت غيره أو يتميز بعسر كحنطة خلطها بشعير ، لأنه انقطع حق مالكها بهذا الخلط ، فإن هذا الخلط استهلاك ، بخلاف ما تيسر معه كخلط السود بالببيض من الدراهم ليس موجبا للضمان لأنه يتمكن المالك من الوصول إلى عين ملكه ، وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء كان أجنبيا عن المخلوط ماله كغير المودع وغير من في عياله كبيرا كان أو صغيرا أو كان في عياله ، فإن لم يظفر بالخالط فقال أحد المالكين أنا آخذ المخلوط وأعطي صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لأن الحق لهما ، فإذا رضيا بذلك صح ، وإن أبي يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على ما يذكر وهو أن يضرب صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمته غير مخلوط بالحنطة لأن الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها إلا بالصفة التي بيعت بها والشعير يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب حنطة فلا يستحق أن يضرب بها مخلوطا فلها هذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط . قيل هذا الجواب إنما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد . ورواية الحسن عن أبي حنيفة أن ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط . فأما على ما هو ظاهر مذهبه المخلوط ملك للخالط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الحجر عليه : أبو حنيفة لا يرى ذلك : والأصح أنه قولهم جميعا لأن ملكهما وإن انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق ما لم يصل كل منهما إلى بدل ملكه ، ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان ، فلبقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط ، إما صاحبا بالراضى أو بيعا وقسمة الثمن ، وإن اتفقا على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد مكمل أو موزون صار عينا مشتركة ، فإذا باعه انقسم على قدر ملك كل منهما ، ولو كان المخلوط غير مثل كالثياب فباعها بثلثين واحد اقتسمها على قيمة متاع كل منهما يوم باعه ، لأن كلا منهما ياتى للملكه والثمن بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العرض فيقسم عليهما باعتبار القيمة ، وإن كانا جنسين مثليين فالثلث بينهما إذا باعا على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطتا مخلوطا لأن الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل منهما ، وملك كل منهما كان معلوما بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة ، لكن مخلوطا إن لم تزد بالخلط قيمة أحدهما لأنه دخل في البيع بهذه الصفة ، فإن كان أحدهما يزيده الخلط خيرا فإنه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط . مثلا قيمة الشعير تزداد إذا خلط بالحنطة ، وقيمة الحنطة تنقص ، فصاحب الشعير يضرب بقيمته غير مخلوط لأن تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه ، وصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة بالشعير لأن التقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط ، وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب إلا بذلك القدر . وقد طعن عيسى رحمه الله في الفصلين جميعا فقال : قوله في الفصل الأول أنه تعتبر قيمته يوم خلطاه ، وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط ، بل الصحيح يقسم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لأن استحقاق الثمن به وصار كما لو لم يخلطاه وباعا الكل جملة ، فإن قسمة الثمن على القيمة تكون وقت البيع إلا أن تكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقسمة سواء . ورده شمس الأئمة بأن معرفة قيمة الشيء بالرجوع إلى قيمة مثله في الأسواق ، وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع ، فإذا تعذر هذا وجب المصير إلى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما

الرجل بشعير نفسه يتقطع حق المالك إلى الضمان .

قال (وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة) قال (وهذه الشركة ملك) لينا بينا أن العروض لاتصلح رأس مال الشركة ، وتأويله إذا كان قيمة متاعهما على السواء ،

كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما في بطنها فهو ضامن لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار إلى تقويمه في أول الأوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة ، فكذا هنا يصار إلى معرفة قيمة كل في أول أوقات الإمكان وهو عند الخلط إلا أنه إذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص في مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار أن عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الأمثال فيجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباقى في المثل إلى وقت القسمة فينقسم الثمن على ما هو حق كل منهما ، بخلاف ما إذا لم يخلط لأن تقويم ملك كل منهما وقت البيع هناك ممكن ، فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع (قوله وإذا أراد الشركة في العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فتصير شركة ملك ثم عقدا الشركة مفاوضة أو عنانا) فقيل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون ، وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز إلا أن تكون مضافة

قال (وإذا أراد الشركة بالعروض) لما كان جواز عقد الشركة منحصرا في الدراهم والدنانير والفلوس الناقصة وفي ذلك تضيق على الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعة على الناس فقال (وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة) لأنه إذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على الآخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا . قال المصنف رحمه الله (وهذه شركة ملك لينا أن العروض لاتصلح رأس مال شركة) واستشكله الشارحون بأنه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتاج إلى قوله ثم عقدا الشركة ، وبأن العروض لاتصلح رأس مال الشركة إذا لم يبع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ، أما إذا باع فهو الحيلة في جوازه . ثم أجاب بعضهم بأن معنى قوله ثم عقد الشركة عقد شركة ملك حتى يصبح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد ، لأن غرض القدرى رحمه الله بيان الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض . وقال آخرون : معناه أنها شركة ملك وإن عقدا الشركة ، لأن هذا العقد كالعقد لكون رأس المال عرضا ، ونظم كلام المصنف لايساعده ، وأنا أذكر لك ما ذكره شيخ شيخى العلامة عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لأنه حل مفيد في هذا المعنى . قال : عدم جواز الشركة بالعروض مبنى على معنيين أحدهما ربح مال يضمن كما بينا ، والثاني جهالة رأس المال ، فإذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقد الشركة قال القدرى يجوز ، واختاره شيخ الإسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوى والمزنى من

و (قوله إن العروض لاتصلح الخ) أقول : تأمل في هذا العطف (قوله وقال آخرون) أقول : أراد صاحب الكافي (قوله ونظم كلام المصنف لايساعده) أقول : فيه بحث ، فإن مراد ذلك القائل أيضا أن المصنف لم يقبل كلام القدرى ، ويشير الشارح إليه أيضا في آخر كلامه (قوله وأنا أذكر لك ما ذكره شيخ شيخى العلامة عبد العزيز الخ) أقول : شيخ الشارح هو الإمام العلامة قوام الدين الكاكي صاحب معراج الدراية في شرح الهداية ، وشيخه هو الإمام مولانا عبد العزيز البخارى صاحب كشف البزدوى (قوله والثاني جهالة رأس المال) أقول : كما يدل عليه قول المصنف فتتمكن الجهالة كما في العروض (قوله وصاحب شرح الطحاوى) أقول : أراد به الإمام بابكر الرازى المعروف بالخصاص ، فإنه قال في شرحه مختصر الطحاوى : قال محمد : إن أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عروض الآخر وتقابضا حتى يصير ذلك كله بينهما ثم يشتركان بعد ذلك فتكون الشركة جائزة ، قال : ولو اشتركا

ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما ثبت به الشركة .

إلى حال بيعهما العروض بالدرهم فإنه يجوز لأنه حينئذ مضاف إلى المستقبل ، وعقد الشركة يحتمل الإضافة لأنه عقد توكيل فإنما يثبت العقد بالدرهم . والحق أن جواز هذا لا يختص بقول واحد منهما ، وقد تواردت كلمة أهل المذهب عليه ، وهذا لأن المانع من كون رأس مال الشركة عروضاً كل من أمرين : لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة رأس مال كل منهما عند القسمة ، وكل منهما منتف فيكون كل ما ربحه أحدهما ما هو مضمون عليه ، ولا تحصل جهالة في رأس مال كل منهما لأنه لا يحتاج إلى تعرف رأس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك بالخزر فتقع الجهالة لأنهما مستويان في المال شريكان فيه ، فبالضرورة يكون كل ما يحصل من الثمن بينهما نصفان ، وعلى هذا فقول المصنف وهذه شركة ملك مشكل ، ومن المشايخ من جزم بأنه قصد إلى الخلاف حقيقة اختياراً منه لعدم الجواز وإن لم يضعه على طريقة الخلاف كما قال القدوري أول الكتاب : ويستحب للمتوضي أن ينوي الطهارة فقال المصنف : والنية في الوضوء سنة ، ولم يضع الخلاف وضعه المعروف ، ولذا اختار شمس الأئمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ، ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض

أصحاب الشافعي رحمهم الله ، لأن رأس المال صار معلوماً وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضموناً على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من ماله ربح مال مضمون عليهما فيجوز ، ولهذا لو باع أحدهما عرضه بنصف درهم صاحبه ثم عقداً شركة عنان أو مفاوضة يجوز لزوال الجهالة لصيرورة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا . وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كما في المكيل والموزون بعد الخلط ، وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز إلا أن يكون مضافاً إلى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الإضافة لأنه عقد توكيل ، فعلى هذا يكون العقد على الدرهم . واختار شمس الأئمة السرخسي وصاحب الهداية أنه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو أقرب إلى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ، بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد لزوال الجهالة أصلاً لأنها من ذوات الأمثال ، وبخلاف ما إذا باع نصف عرضه بنصف درهم صاحبه ثم اشتركا لأن الدرهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعاً ، وقد يدخل في العقد تبعاً ما لا يجوز إيراد العقد عليه كبيع الشرب تبعاً للأرض . ثم المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري فقال : وهذه شركة ملك عندى لأن ما ذكره القدوري أنه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة ، ونظيره ما ذكره القدوري ، ويستحب للمتوضي أن ينوي الطهارة ، ثم عدل المصنف بقوله والنية في الوضوء سنة ، وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة . وقوله (يبيع صاحب الأقل بقدر ما ثبت به الشركة) نظيره ما إذا كان قيمة عروض أحدهما أربع مائة درهم مثلاً وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماساً ويكون الربح بينهما على قدر رأس مالهما ، والله أعلم .

== هكذا مفاوضة جاز ، حكى ذلك أبو الحسن . ثم قال أبو بكر الرازي : وإنما جازت لأنهما متساويان في المال شريكان فيها ، ولا يحتاج عند القسمة إلى اعتبار القيمة لأن جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما نصفين . إلى هنا لفظ أبي بكر نقله الإقناني عنه . إذا علمت هذا علمت أن قوله وهو أقرب إلى الفقه لبقاء الجهالة منظور فيه فإنها جهالة لا تنفص إلى النزاع ، والمقصد المقود من الجهالات ما ينفي إلى المنازعة ، وإنما قلنا لا تنفص إلى النزاع لأنه لا يحتاج عند القسمة . إلى اعتبار القيمة ليحصل رأس المال حتى يظهر الربح فيقتسمانه ، بخلاف للزيت والسمن المخلوطين فإنهما يتفاوتان في القيمة فيؤدي إلى النزاع حين القسمة لتحصيل رأس المال عليك بالتأمل الصادق (قوله على صاحبه بالثمن) أقول : الذي هو نصف مال صاحبه (قوله وكان الربح الحاصل الخ) أقول : الظاهر أنه يلزم هنا أيضاً ربح ما لم يضمن إذا باع

قال (وأما شركة العنان فتتخذ على الوكالة دون الكفالة ، وهى أن يشترك اثنان في نوع برّ أو طعام : أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة) وانعقاده على الوكالة لتحقيق مقصوده كما بيناه ، ولا تتخذ على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الأعراض يقال عن له : أى عرض ، وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت ، بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل في المال) للحاجة إليه وليس من قضية اللفظ المساواة .

ليس لذات العروض بل للآزم الباطل وعلمت أنه منتف (قوله وأما شركة العنان فتتخذ على الوكالة دون الكفالة ، وهو أن يشترك اثنان في نوع من التجارات برّ أو طعام أو يشتركا في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة لأنها خاصة بالمفاوضة ، وعلى هذا فلو ذكرها وكانت باقية شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها ، وإن لم تكن متوفرة ينبغي أن نتخذ عنانا ، ثم هل تبطل الكفالة ؟ يمكن أن يقال : تبطل لأن العنان معتبر فيها عدم الكفالة . ويمكن أن يقال : لا تبطل لأن المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عنانا ، ثم كفالة كل الآخر زيادة على نفس الشركة : أى كما أنها تكون عنانا مع العموم باعتبار أن الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم إلا أن الأول قد يرجح بأن هذه الكفالة لمجهول فلا تصح إلا ضمنا ، فإذا لم تكن مما تتضمنها الشركة لم يكن ثبوتها إلا قصدا فلا تصح . بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بأن ذكرنا كل مقتضياتها فإن منها الكفالة وتصح . فإن هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمفرد الداخلة في مفهومه الكفالة ، بخلاف العنان ليس المفرد معتبرا في مفهومه الكفالة (قوله من عن كذا) أى عرض . قال امرؤ القيس :

فمن لنا سرب كأن نعاجه عذارى دوار في ملاء مذيّل

أى اعتراض لنا سرب : أى قطع يريد من بقر الوحش كأن نعاجه عذارى : أى أبكار دوار وهو اسم صنم

قال (وأما شركة العنان) هذا عطف على قوله في أول كتاب الشركة : فأما شركة المفاوضة والعنان مأخوذ من عن إذا عرض ، سمي به لأنه شيء عرض في هذا القدر لأعلى عموم الوكالة والكفالة . وقيل إنه مأخوذ من عنان الفرس لأن الفارس يمسك العنان بإحدى يديه ويتصرف بالأخرى ، فكذلك الشريك هنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي وكلامه ظاهر . وقوله (كما بيناه) إشارة إلى قوله من قبل ، وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ، ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح . وجملة القول في ذلك أنها إن شرطا العمل عليهما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوى في رأس المال جاز عند علمائنا الثلاثة ويكون الربح بينهما على ما شرط . وإن عمل أحدهما دون الآخر . وأما إذا شرطا العمل على أحدهما ، فإن شرطا الربح بينهما على قدر رأس مالهما جاز ويكون مال الذى لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته ، وإن شرطا الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ؛ ولو شرطا الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط

أخذهما ما يخصه من الملك بمائة مثلا والآخر بمائتين فإن حصة الآخر غير مضمون على الأول مع أنه يكون شريكا معه في المائتين فليتأمل (قال المصنف : أو يشتركان النخ) أقول : قال الإقناني : عطف على سبيل القطع تقديره أو هما يشتركان انتهى ، وقد همل أن المصدرية تشبها لما بما المصدرية ، وعليه قوله تعالى - لمن أراد أن يتم الرضاعة - فيمن قرأ يرفع يتم (قال المصنف : وحكم التصرف لا يثبت النخ) أقول : فيه بحث ، إلا أن يقال المراد لا يثبت بلا دليل خارج ولم يوجد (قوله ويكون مال الذى لا عمل عليه بضاعة) أقول : يعنى لا شركة

(ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح : وقال زفر والشافعي : لا يجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى ربح مالم يضمن ، فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان ، إذ الضمان بقدر رأس المال ، ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل ، ولهذا يشترطان الخلط ، فصار ربح المال بمنزلة نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل : ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم « الربح على ما شرطا ، والوضعية على قدر المالين » ولم يفصل ، ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة ؛ وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة . فست الحاجة إلى التفاضل ، بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما لأنه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضا إلى قرض باشرطه للعامل أو إلى بضاعة باشرطه لرب المال ، وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل

كانت العرب تنسبه وتدور حوله ، وهو بضم الدال وفتحها ، وقوله في ملاء تشبيه لنعاج البقر في استرخاء لحمها لسمها بالعداري ، والملاء المذيل : أي الطويلات الذيل ، وهذا الاشتقاق لا يقتضي المساواة بل عروض عرض تعلق بقدر من الاختلاط قليله وكثيره وعمومه ، وقيل مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب إليه الكسائي والأصمعي ، فإنه فعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه ، أو لأنه يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولا وقصرا في حالتي الإرخاء وضده ، إلا أنه اشتقاق غير صحيح إلا فيما سمع ولا بد منه كما في : استحجر الطين وأمثاله (قوله ويصح أن يتساويا في رأس المال ويتفاضلا في الربح) وعكسه بأن يتفاضلا في رأس المال ويتساويا في الربح وهو قول أحمد : وقال مالك والشافعي وزفر : لا يجوز . وقوله ويتفاضلا الخ ليس على إطلاقه ، بل ذلك فيما إذا شرطا العمل عليهما سواء عمل أو عمل أحدهما أو شرطاه على من شرط له زيادة الربح ، وإن شرطا العمل على أقلهما ربحا لا يجوز . وجه قول الثلاثة أن ذلك يؤدي إلى ربح مالم يضمن لأن استحقاق أحدهما لتلك الزيادة بلا ضمان لأن الضمان بقدر رأس المال وضار كالوضعية فإنه لا تكون إلا على قدر رأس المال اعتبارا للربح بالخسران (ولنا) ما ذكر المشايخ من (قوله صلى الله عليه وسلم « الربح على ما شرطا والوضعية على قدر المالين ») ولم يعرف في كتب الحديث ، وبعض المشايخ ينسبه إلى علي رضي الله عنه (ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة ، وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل ، و) رأينا (هذا العقد) أي شركة العنان (يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل

ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضعية بينهما على قدر رأس مالهما أبدا) وقوله وهو قول زفر والشافعي واضح (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « الربح على ما شرطا العاقدان ، والوضعية على قدر المال ») رواه أصحابنا في كتبهم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه (قوله من غير فصل) يعني بين التفاضل والتساوي (قوله كما في المضاربة) اعترض عليه بأنه إذا ألحقتم هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كأنه قال : اعمل في مالك وربحه لك ، و اعمل في مالي وربحه بيننا ، وفي المضاربة إذا شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد وقد جوزتم هذه الشركة وإن شرط عملهما . وأجيب بأنه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنده أنه يشبهها من وجه ، وما أشبه الشيء من وجه لا يلزم أن يأخذ حكمه من كل وجه . وقوله (بخلاف اشتراط جميع الربح) جواب عما يقال إذا شرط جميع الربح لأحدهما لا يجوز ، فكذا إذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التيسيط على قدر المال . ووجه الجواب أن بشرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة إلى قرض أو بضاعة ،

(قوله يكون مال الدافع عند العامل مضاربة) أقول : يعني لاشركة (قال المصنف : إذ الضمان بقدر الخ) أقول : هذا ممنوع وقد سبق بعض التخصيص .

في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فإنهما يعملان فعملنا يشبه المضاربة . وقلنا : يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لا تبطل . باشتراط العمل عليها . قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض) لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه إذ اللفظ لا يقتضيه (ولا يصح إلا بما بيننا) أن المفاوضة تصبح به للوجه الذي ذكرناه (ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دنائير ومن الآخر دراهم ، وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعي : لا يجوز ، وهذا بناء على اشتراط الخطط وعدمه فإن عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس ، وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى . قال (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بيننا) أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة ، والوكيل هو الأصل في الحقوق . قال (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته فإذا تقد من مال نفسه رجع عليه ، فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدعى وجوب المال في ذمة

في مال غيره وهو (الشريك) ويسترجع به (ويشبه شركة المفاوضة اسما وعملا فإنهما يعملان يشبه المضاربة) في اشتراط الزيادة لأحدهما وهو الذي شرط عمله منفردا أو مع الآخر وإن كان ربحا بلا ضمان ويشبه المفاوضة حتى أجزنا شرط العمل عليهما ، وكون المضاربة تفسد باشتراط العمل على رب المال لا يبطل اعتبار شبهة الآخر الذي باعتباره أجزنا الزيادة في الربح لأحدهما ، بخلاف ما لو شرط كل الربح لأحدهما فإنه لا يجوز لأن العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة أيضا إلى قرض إن شرط للعامل كأنه أقرضه ماله فاستحق جميع ربحه ، وإلى بضاعة إن شرط لرب المال ، إلا أنه يرد ما تقدم من أن المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شبهة إلا أن يمنع ، ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال ، والمشروط له الزيادة مشروط عمله وإن شرط عمل الآخر ، لكن قد يكون ذلك أعلق وأقوى الخ (قوله إذ اللفظ) أي لفظ العنان (لا يقتضي المساواة) ولا ينبغي عته ليعتبر في مفهومه فلذا جاز أن يعقدها كل ببعض ماله ، ويجوز إذا كان من جهة أحدهما دنائير ومن الآخر دراهم ، ويجوز بل دراهم سود من جهة أحدهما وبيض من جهة الآخر وإن تفاوتت قيمتهما والربح على

لأنه إن شرط الجميع للعامل صار قرضا ، وإن شرط لرب المال صار بضاعة ، وهذا العقد لا يجوز أن يخرج عنهما لأنه يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة أي شركة المفاوضة اسما وعملا فإنهما يعملان معا فعملنا يشبه المضاربة : وقلنا : يصح اشتراط الربح من غير ضمان ، فإن اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالإجماع ، وهذا يتضمن الجواب عن قولهما إن اشتراط زيادة الربح لأحدهما يؤدي إلى ربح مالم يضمن ، وعملنا يشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما . قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد الخ) أي يجوز أن يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض ، لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه : أي في هذا العقد ، إذ اللفظ : أي لفظ العنان لا يقتضيه : أي لا يقتضي المساواة بتأويل الاستواء ، بخلاف لفظ المفاوضة (قوله للوجه الذي ذكرناه) يعني ما ذكره في أول هذا الفصل أنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن : وقوله (ويجوز أن يشتركا) ظاهر : وقوله (فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله) يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه

(قال المصنف : فعلنا يشبه المضاربة) أقول : قال الإتيافي : هذا جواب لقول زفر والشافعي إن التفاضل في الربح مع تساوى المال يؤدي إلى ربح مالم يضمن بعد التسليم ، وإنما قال بعد التسليم لأنه بين في أوائل الفصل عدم لزوم ربح مالم يضمن . (قوله يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه الخ) .

الآخر وهو ينكر ، والقول للمنكر مع يمينه قال (وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالكين قبل أن يشتريا شيئا بطلت الشركة) لأن المعقود عليه في عقد الشركة المال ، فإنه يتعين فيه كما في الهبة والوصية ، وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع ، بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لأنه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض على ماعرف ، وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالكان ، وكذا إذا هلك أحدهما لأنه ما رضى بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه في ماله ، فإذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل

ما شرط فيها تساويا أو تفاوتاً على قدر قيمة دراهمهما بشرطه الذي بيناه (قوله وإذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة) وكذا لو هلك أحد المالكين قبل الخلط وقبل الشراء يهلك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يد مالكة أو يد شريكه لأنه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز فتبطل الشركة ، أما الأول فلأن مال كل واحد قبل الشراء وقبل الخلط باق على ملكه ، وأما بطلان الشركة (فلأن المعقود عليه عقد الشركة هو المال) المعين (لأنه يتعين بالتعيين في الشركة) والهبة والوصية (وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع ، بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيهما بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض) حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال في ذمته كان مشترياً لموكله ، حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله ، أما لو هلك قبل الشراء فلأنما يبطل العقد لأن الموكل لم يرض بكون الثمن ديناً في ذمته فلا تبطل المضاربة والوكالة المفردة بهلاك المال : واحتراز بالمفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة فإنها تبطل ببطلان الشركة ، وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالكان (وكذا إذا هلك أحدهما لأنه) أى الشريك الذى لم يهلك ماله (لم يرض بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه) هو أيضاً (في ماله) بتقدير بقاءه (فإذا فات ذلك) ظهر وقوع ما (لم يكن راضياً) به عند عقد الشركة (فيبطل

أو من مال الشركة إلا بقوله فعليه إقامة البينة ، فإن عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه (قوله فإذا هلك مال الشركة) ظاهر ، وقيد الوكالة بالمفردة احترازاً عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فإنها فيهما تبطل ببطلان ماتضمنها من الشركة والرهن لأن المتضمن يبطل ببطلان المتضمن تبعاً ، وأما الوكالة المفردة كمن وكل رجلاً بشراء عبد ودفع إليه دراهم فهلكت فإنها لا تبطل ، وأما المضاربة فقد قال فخر الإسلام في شرح الزيادات : بخلاف المضاربة والشركة فإنها تتعين ، حتى إذا هلك قبل التسليم بطلت المضاربة ، وهو مخالف لما ذكره المصنف أنها تتعين فيها بالقبض فاعل في المسئلة روايتين ، (قوله لأنه ما رضى بشركة صاحبه في ماله) أى الشريك الذى لم يهلك ماله ما رضى بشركة صاحبه الذى هلك ماله إلا على تقدير بقاء ماله بشركته في ماله

أقول : وفي شرح الإقتاني : ثم إذا كان لا يعرف أداء الثمن من مال نفسه ، لأ من مال الشركة إلا بقوله . والظاهر أن هذا هو الصحيح لأن مال الشركة أمانة في يده ، والقول للآمين مع اليمين تأمل ، فإن مراد الشارح من مال الشركة هو مال نفسه الذى عقد عليه الشركة فكلامه صحيح أيضاً (قوله فإنها فيهما تبطل الخ) أقول : إن لم يقبض المال (قوله كن وكل رجلاً الخ) أقول : مخالف للشروح ؛ ألا يرى إلى قول المصنف وإنما يتعينان بالقبض ؛ ويمكن أن يجاب بأن الدفع قد يكون بلا قبض فإنه يوجد بالتعدي والوضع بين يديه صرح بذلك المصنف من كتاب الإقرار (قال المصنف : بخلاف المضاربة) أقول : قال الإقتاني : فيه نظر لأن التقود تتعين في المضاربة والشركة جميعاً قبل القبض والتسليم حتى إذا هلك قبل التسليم بطلتا نص عليه في الزيادات في باب من الوكالة بالشئ يكون على غير ما أمره انتهى . قال الأكل : ولعل فيهما روايتين .

العقد لعدم فائدته ، وأيهما هلك هلك من مال صاحبه ؛ إن هلك في يده فظاهر، وكذا إذا كان هلك في يد الآخر لأنه أمانة في يده ، بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لأنه لا يتميز فيجعل الهالك من المالين (وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ماشرطا) لأن الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ، ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد ، حتى أن أيهما باع جاز بيعه لأن الشركة قد تمت في المشتري فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها . قال (ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه) لأنه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه ، هذا إذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولا ثم هلك مال الآخر . أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر ، إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ماشرطا لأن الشركة إن بطلت فالوكالة المصريح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن .

العقد لعدم فائدته) وهي الاشتراك فيما يحصل (قوله فإن اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترى بينهما على ماشرطا لأن الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء) لأن الهالك لم يقع قبله ليطل فيخصص المشتري بما اشتراه (فلا يتغير الحكم) أي حكم (الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك . ثم الشركة) الواقعة في هذا المشتري بعد هلاك مال الآخر (شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد رحمه الله) فإنها شركة ملك عنده حتى لا ينعقد بيع أحدهما إلا في نصيبه . ونحو قوله أن شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر ولم يبق إلا حكم ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك بعدم ما يوجب زيادة عليه . ولمحمد وعليه اقتصر المصنف أن هلاك مال أحدهما إذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء بها فلا يكون الهالك مبطلا لشركة العقد بينهما بعد تمامها كما لو كان بعد الشراء بالمالين (وإذا وقع المشتري على الشركة يرجع على شريكه بحصته من الثمن) لأنه اشترى نصفه له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه (وقد بيناه) قريبا (هذا إذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولا ثم هلك مال الآخر ، أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر) يعني الذي في يده المال (بالمال الآخر إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة) بأن قالوا عند عقد الشركة على أن ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا بيننا ، كذا صورته في المبسوط (فالمشترى مشترك بينهما على ماشرطا لأن الشركة إن بطلت فالوكالة المصريح بها قائمة فتكون شركة ملك) وبهذا جمع في المبسوط بين التناقض الواقع في جواب المسئلة حيث قال محمد رحمه الله في بعض المواضع : فاشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه ، وفي بعضها : إن اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما ، فجعل محمل الأول إذا لم يكن في الشركة وكالة مصرح بها ، ومحمل

كما يشترك هو في مال هذا (قوله وأيهما هلك من مال صاحبه) ظاهر . وقوله (ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد) فائدته تظهر في حق جواز بيع الكل . فعند محمد أيهما باعه جاز بيعه لأن الشركة قد تمت في المشتري فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها كما لو كان الهالك بعد الشراء بالمالين جميعا . وعند الحسن بن زياد لا ينفذ بيع أحدهما إلا في حصته لأن شركة العقد قد بطلت بهلاك المال كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر ، وإنما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك (قوله وقد بيناه) إشارة إلى قوله لمعناه إذا أدى من مال نفسه الخ (قوله أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر) واضح .

(قال المصنف : خلافا للحسن بن زياد) أقول : قال الإقناني : فإن عنده شركة ملك فقط حتى لا ينفذ بيع أحدهما إلا في نصيبه .

لما بيناه، وإن ذكرنا مجرد الشركة ولم ينص على الوكالة فيها كان المشتري الذي اشتراه خاصة لأن الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة ، فإذا بطلت يبطل ما في ضمنها ، بخلاف ما إذا صرح بالوكالة لأنها مقصودة : قال (ونجوز الشركة وإن لم يخلط المال) وقال زفر والشافعي : لا تجوز لأن الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الأصل وأنه بالخلط ، وهذا لأن المحل هو المال ولهذا يضاف إليه ، ويشترط تعيين رأس المال ، بخلاف المضاربة لأنها ليست بشركة ، وإنما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله ، أما هنا بخلافه ، وهذا أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس .

الثاني إذا صرحا بها على ما ذكر : وقوله (لما بيناه) يريد قوله لأنه وكيل من جهته الخ (قوله ونجوز الشركة وإن لم يخلط المال) وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله تعالى ، إلا أن مالكا شرط أن يكون تحت يدهما بأن يكون في حانوت أو في يد وكيلهما (وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا تجوز لأن الربح فرع المال ، ولا يكون الفرع على الشركة إلا والأصل على الشركة ، وإنه) أى الشركة في الأصل على معنى الاشتراك (بالخلط) لما سلف من أن معناها الاختلاط أو الخلط على ما حققناه فلا تتحقق شركة بلا خلط ، وقد اتفقنا على أن المعتبر في كل عقد شرعى ما هو مقتضى اسمه . قال المصنف (وهذا) أى كون الربح فرع المال (أصل كبير لهما) حتى تفرع عليه (اعتبار اتحاد الجنس

(قوله لما بيناه) إشارة إلى قوله لأنه وكيل من جهته (قوله وأنه بالخلط) أى الشركة في الأصل على تأويل الاشتراك (قوله وهذا إشارة إلى قوله لأن الربح فرع المال) يعنى وإنما قلنا إن الربح فرع المال لأن المحل : أى محل الشركة هو المال ولهذا يضاف إليه ، ويقال عقد شركة المال ويشترط تعيين رأس المال وما اعتبر التعيين لإلتكون الشركة في الثمن مستندة إلى المال بخلاف المضاربة فإنها تصبح بدون الخلط لأنها ليست بشركة ، وإنما هو عامل لرب المال فيستحق الربح عمالة على قدر عمله (قوله وهذا أصل كبير) إشارة إلى قوله لأن الربح فرع المال (قوله حتى يعتبر اتحاد الجنس) يعنى بناء على أصلهما ذلك ، فإنه إذا كان رأس مال أحدهما دراهم والآخر دنانير تنعقد الشركة بينهما صحيحة عندنا خلافا لزفر والشافعي ، وكذلك إن كان رأس مال أحدهما بيضا والآخر سودا ، ولا تجوز شركة التقبل : أى على قول زفر والشافعي لانعدام المال . ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال ، وكل ما هو مستند إليه هو الأصل ، أما أنها مستندة إلى العقد فلأن العقد يسمى شركة لا المال فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه ، وأما أن كل ما هو مستند إليه فهو الأصل فلأن المراد بالمستند إليه هو أن يكون غيره مبنيا عليه وذلك حد الأصل ، وإنما عبر عنه بهذه العبارة لأن الربح في الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف يحصل من العقد ، لأن كل واحد منهما يتصرف في الكل في بعضه بطريق الأصالة وفي بعضه بطريق الوكالة ، فكان العقد علة العلة ، وبجاز أن يضاف الحكم إلى علة العلة كما جاز أن يضاف إلى عين العلة ، وإذا كان الأصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم في الفرع وهو الربح وإن لم يختلط المالان . والدليل الثاني وهو قوله ولأن الدراهم والدنانير لا تتعينا كالشرح للدليل الأول .

وجه قول الحسن أن الشركة التي عقدها ارتفعت بهلاك مال الآخر ، وإنما بقى ما هو حكم الشراء وهو الملك فلم يجز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر انتهى . ويؤيد قول الحسن إن لدوام الأمور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء فليتأمل في دفعه فإن رأس المال لم يتعلم هنا لصلاحيته المشتري له بقاء (قوله لما بيناه إشارة إلى قوله لأنه وكيل من جهته) أقول : والأقرب أن يجعل إشارة إلى قوله لأنه اشتري نصفه بوكالته (قوله وما اعتبر التعيين إلا لتكون الشركة في الثمن الخ) أقول : الأنسب للتفريع أن يقال إلا لتكون الثمرة مستندة إلى المال (قوله وكل ما هو مستند إليه فهو الأصل الخ) أقول : كان الأظهر أن يقول : وكل ما هو مستند إلى العقد فالعقد أصل له فتأمل ، ثم قوله مستند إليه بفتح النون (قوله فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه) أقول : وذلك لا يكون إلا بجعل الشركة في الربح مستندة إليه وعلى ما قلناه لا احتياج في الشركة في الربح إلى العقد أصلا ، إذ الشركة في الملك الحاصلة في الخلط كافية فيها (قوله يتصرف في الكل) أقول : أى في كل مال الشركة

ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوى في المال ، ولا تجوز شركة التقبل والأعمال لانعدام المال . ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال لأن العقد يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ، ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال ، وإنما يستفاد بالتصرف لأنه في النصف أصيل وفي النصف وكيل . وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدون وصار كالمضاربة

فلا تجوز الشركة إذا كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير ، . ولا إذا كان لأحدهما بيض وللآخر سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتميز ما لأحدهما عن الآخر (ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوى في المال) لاختلاف الشركة في الأصل والفرع ، ولا شركة التقبل والأعمال لعدم المال (قوله ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال) حاصل تقرير الشارحين أن الربح يضاف إلى التصرف في المال وهو العلة ، وإلى العقد الذي هو علة التصرف ، والحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة وأنت تعلم أن الإضافة إلى علة العلة بطريق المجاز ، فإن الحكم بالذات إنما يضاف إلى علة العلة لما عرف أن لا أثر للعلة البعيدة في الحكم ، وحقيقة الإضافة أولى بالاغتبار من مجازها في حكم ينبنى على الإضافة ، وإنما وجه التقرير المراد أن الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الآخر ليس مضافا إلا إلى العقد الشرعي الذي به حل تصرفه في مال غيره لا إلى نفس المال ولا التصرف فيه ، لأن إضافة الربح إلى التصرف في المال معناها أنه اكتسب عن التصرف فيه ، وليس هذا بمفيد لنا إذ هو معلوم ، وإنما حاجتنا إلى ثبوت حل الربح لكل منهما ، ولا شك أن حله إنما يضاف إلى العقد الشرعي لا التصرف ، فإن نفس التصرف في المال وإن كان مأذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للتصرف ، كما في المبيع والوكيل بالبيع فلم يحل إلا بعقد الشركة متحققا فيمعنى اسمه فيه ، لأن هذا العقد الشرعي يسمى شركة فتحقق معناه بما يفيد شرعا وهو الشركة في الربح والتصرف معا لا أن أحدهما عن الآخر ليكون علة العلة ، بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس إلا فيه ، وإذا كان كذلك لم يتوقف الاسم على خلط المال لأن المال محل العقد شرط لتحقيقها خارج عنه : ثم قال المصنف (ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان يعني عند الشراء بهما) مافيه الربح حتى جاز أن يدفع غيرهما فلم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف ، وإذا ظهر تحقق الشركة بلا خلط (تحققت في المستفاد بدون) أي بدون الخلط (وصار كالمضاربة)

فإن قيل : لو كان العقد هو الأصل دون المال لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل أن يشتريا به شيئا لأن هلاك المال وبقائه إذ ذاك بمنزلة لكون الأصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يزال بعد ذلك بقاءه . أجب بأن بقاء الأصل شرط لوجود الفرع والأصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو الحل فكذلك الفرع . واعتراض أيضا بأن المالين إذا لم يختلطا بقيا متميزين ولا شركة مع التمييز كما في العروض . وأجب بأن علة فساد الشركة في العروض ليست التمييز بل هي ما ذكرنا من الإفضاء إلى ربح مالم يضمن . وقوله (وصار كالمضاربة) يعني لما ظهر أن الأصل هو العقد دون المال كان الربح مستحقا بالعقد دون المال كما في المضاربة ، فإنه ليس هناك خلط المالين والربح مشترك بسبب العقد ، وإذا بطل ذلك الأصل بطل الفرع المترتبة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوى

(قال المصنف : فلا يستفاد الربح برأس المال) أقول : فقوله الربح فرع المال ممنوع فتذكر صدر الكلام حتى يظهر لك ورود المنع . قوله وإذا بطل ذلك الأصل الخ) أقول : يعني أصل زفر والشافعي .

فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوى في الربح وتصح شركة التقبل . قال (ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مساهمة من الربح) لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما ، ونظيره في المزارعة . قال (ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال) لأنه معتاد في عقد الشركة ، ولأن له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه ، وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا . قال (ويدفعه مضاربة) لأنها دون الشركة فتتضمنها . وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة ، والأصح هو الأول ، وهو رواية الأصل لأن الشركة غير مقصودة ، وإنما المقصود تحصيل الربح

تتحقق الشركة في الربح بلا خلط . فإن قيل : فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد لأنه انعقد في المحل . قلنا : إنما بطلت لمعارض آخر وهو أن هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه يبطله كالبيع يبطل بهلاك المبيع قبل القبض ، والمقصود من عقد الشركة الاسترباح وهو بالشراء أولاً ، فإذا هلك المال قبل الشراء كان كهلاك المبيع قبل القبض ، وإذا كان الأصل هو العقد لا المال (لم يشترط اتحاد الجنس ولا التساوى) في رأس المال ولا (في الربح وتصح شركة التقبل) قوله (ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحد دراهم مساهمة من الربح) قال ابن المنذر : لا خلاف في هذا لأحد من أهل العلم : ووجهه ما ذكره المصنف بقوله لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لأحدهما على ذلك التقدير واشترطه لأحدهما يخرج العقد عن الشركة إلى قرض أو بضاعة على ما تقدم . وقوله (ونظيره في المزارعة) يعنى إذا شرطاً لأحدهما قفزا مساهمة بطلت لأنه عسى أن لا يخرج الأرض غيرها (قوله ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال لأنه معتاد في عقد الشركة) من المتشاركين (ولأن له أن يستأجر على عمل التجارة والتحصيل) للربح (بغير عوض دونه) وأنه أقل ضرراً ، فإذا ملك ما هو أكثر ضرراً ملك ما هو أقل وظهر أن لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف (قوله وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا) في بعض الأوقات والمضايق : وقوله (ويدفعه مضاربة لأنها دون الشركة) لأن الوضعية في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة (وعن أبي حنيفة) لرواية الحسن (أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة) في الربح (والأصح هو الأول وهو رواية الأصل ، لأن الشركة في الربح غير مقصودة ، وإنما المقصود تحصيل الربح)

في الربح وتصح شركة التقبل (قوله ولا تجوز الشركة) واضح . وقوله (ونظيره في المزارعة) يعنى أنه إذا شرط لأحدهما قفزان مساهمة كانت فاسدة لأن الشركة تنقطع به ، ومن شرط المزارعة أن يكون الخارج بينهما شائعاً . قال : ولكل واحد من المتفاوضين . هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفاوضة أو عنان أن يفعل وأن لا يفعل يجوز له أن يبضع لأنه معتاد في عقد الشركة ، والمعتاد جاز له العمل به ، ولأن له أن يستأجر على العمل بتحصيل الربح بلا خلاف ، وكل من جاز له أن يستأجر لتحصيل الربح جاز له أن يبضع لأن الاستئجار تحصيل بعوض والإبضاع بدونه فكان الاستئجار أعلى ومن ملك الأعلى ملك الأدنى ، وأن يودع المال لأنه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا ، وأن يدفع مضاربة لأنها دون الشركة ؛ ألا ترى أنه ليس على المضارب شيء من الوضعية وأن المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفادة بعقد الشركة لأنها دون الشركة فتتضمنها الشركة ، هذا ظاهر الرواية (وعن أبي حنيفة ليس له ذلك ، لأنه) أي عقد المضاربة (نوع شركة) لأنه لإيجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لأحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة فكذلك لا يدفعه مضاربة (والأول) أي جواز الدفع مضاربة (أصح وهو رواية الأصل لأن الشركة) يعنى في المضاربة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح

كما إذا استأجره بأجر بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته، بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا يستتبع مثله . قال (ويوكل من يتصرف فيه) لأن التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة، بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله

فصار (كما إذا استأجره بأجرة) ليعمل له بعض أعمال التجارة (بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمة الشريك ، بخلاف الشركة) فإن أحد الشريكين لا يملك أن يشارك غيره في مال الشركة (لأن الشيء لا يستتبع مثله) وأورد عليه المكاتب يكتاب عبده والمأذون يأذن لعبده واقتداء المفترض والمتنفل بمثلهما ، والناسخ مثل المنسوخ . وأجيب بأن ملكتهما بل تلك مبنية عليها ، وحقيقة الناسخ مبنية لا غير ، على أنه ليس وزان مانحن فيه بتأمل يسير ، ولكل واحد أن يشتري بالنسيئة وإن كان مال الشركة في يده استحسانا ، وليس لأحد شريكي العنان الرهن : أى رهن عين من مال الشركة بدين . من التجارة عليه والارتمان بدين له ، بخلاف المفاوض له أن يرهن ويرهن على شريكه ، فإن رهن في العنان متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجوز وكان ضامنا للرهن ، ولو ارتمن بدين لهما لم يجوز على شريكه ، فإن هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن ، وإن شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لأن هلاك الرهن في يده كالاستيفاء ، وكذا إذا باع أحدهما فليس للآخر قبضه وللمدين أن يمتنع من دفعه ، فإن دفعه إليه برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر ، وليس لواحد منهما أن يخاصم فيما ادّاه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ، ولا أن يؤخر ديناً ، فإن أخره لم يمض على الآخر ، وكذا لا يمضي لإقرار أحدهما بدين في تجارتها على الآخر ، فإن أقرّ وأنكر الآخر لزم المقر جميع الدين إن كان هو الذي وليه ، لأن حقوق العقد تتعلق بالعائد وكلا كان أو مباشراً ، وإن أقرّ أنهما ولياه وأنكر الآخر لزمه نصفه . ولو اشترى أحدهما شيئاً فوجد به عيباً لم يكن للآخر أن يردّه لأن ذلك من حقوق العقد ، ولو أخذ أحدهما مالا مضاربة اختص بربحه لأن مال المضاربة ليس من مال الشركة ، وعلى هذا لو شهد أحدهما لصاحبه بما ليس من شركتهما فهو جائز ، بخلاف المفاوض في جميع ذلك ويمضي لإقراره عليه ويشارك شركة عنان ويمضي على الآخر ، بخلاف شريك العنان . ويجوز قبض كل من المتفاوضين ما ادّاه الآخر أو ادّاه أو وجب لهما على رجل من غصب أو كفالة أو غير ذلك ويرد غيب ما اشتراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة ويستحلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شيء من هذا أول الباب فيما هو من ضمان التجارة (و) لكل من شريكي العنان أن (يوكل من يتصرف فيه لأن التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل) صريحاً (بالشراء ليس له أن يوكل به لأنه عقد خاص طلب به) شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله ،

وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين ، كما لو استأجر أجيراً ليعمل فإنه يجوز قولاً واحداً ، فهذا أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته ، فإن المضارب إذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء ، بخلاف الإجارة فإن الأجير إذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستأجر ضامناً للأجرة ، بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا يستتبع مثله . فإن قيل : هذا منقوض بالمكاتب فإنه جاز له أن يكتاب عبده ، والعبد المأذون له جاز له أن يأذن لعبده . فالجواب أن ذلك ليس من قبيل الاستتباع ، فإن كل واحد منهما أطلق في الكسب وأسبابه ، وهذا من أسباب الكسب المطلقة لهما لأنه من المستتبعات ، وأن يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر .

قال (ويده في المال يد أمانة) لأنه قبض المال بإذن المالك لأعلى وجه البذل والوثيقة فصار كالوديعة .

لأحدهما أن يعمل إذا نهاه شريكه عنه لم يكن له عمله فإن عمله ضمن نصيب شريكه ، ولهذا لو قال أحدهما أخرج للمياط ولا تجاوزها فجاوز فهل المال ضمن حصته شريكه لأنه نقل حصته بغير إذنه ، وكذا لو نهاه عن بيع التميثة بعد ما كان أذن له فيه (قوله ويده) أي يد الشريك مطلقا (في المال يد أمانة لأنه قبض المال بإذن المالك لأعلى وجه البذل والوثيقة) فيكون أمانة ، بخلاف المقبوض على سوم الشراء لأنه قبضه على وجه إعطاء البذل فيكون مضمونا ، بخلاف الرهن فإنه مقبوض للتوثق بدينه فيضمن بذلك الدين ، وإذا كان مقبوضا على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة فكان أمانة .

واعلم أن جميع الأمانات إذا مات تنقلب مضمونة بالموت مع التجهيل إلا في مسائل : إحداها إذا مات أحد المتفاوضين ولم يبين حال الذي كان في يده فإنه لا يضمن لشريكه نضيبه . والأخرى في السير إذا أودع الإمام بعض الغنائم في دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجند مات . ونذكر الثالثة في الوقف إن شاء الله تعالى .

[فروع في اختلاف المتفاوضين] قد علم أنه ليس لأحد المتفاوضين أن يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما ؛ ولو ادعى على آخر أنه شاركه مفاوضة فأنتكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه ، وعلى المدعى البينة لأنه يدعى العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر ، فإن أقام البينة فشهدوا أنه مفاوضة أو زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما نصفان قضى للمدعى بنصفه لأن الثابت بالبينة كالثابت بالإقرار ، وجميع ما ذكر مقتضاه انقسام ما في يده فيقضى بذلك . فلو ادعى الذي في يده المال بعد ذلك أن هذا العين لي ميراثا مما في يده وأقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند أبي يوسف لأن ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما في يده ، وبينة المقضى عليه في إثبات الملك لا تقبل إلا أن يدعى تلي الملك من قبل المقضى له ، كما لو كانت الشهادة مفسرة . ولو ادعى ذو اليد عينا في يده أنها له خاصة وهب شريكه منه حصته وأقام البينة على الهبة والقبض قبلت لأنه إنما ادعى تلي الملك منه ؛ ولو ادعى أنه مفاوضة والمال في يد المدعى عليه فأقر وقضى عليه ثم ادعى عينا مما كان في يده أو ميراثا أو هبة وأقام بينة قبلت . والفرق لأبي يوسف أن ذا اليد هنا مقر بالمفاوضة مدع للميراث ، ولا منافاة بينهما ، وقد أثبت دعواه بالبينة ، وفي الأول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه ؛ ألا ترى أنه لو لم يكن أقام البينة في صورة الإنكار لم يستحلف خصمه ، وإذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الحى فادعى الورثة المفاوضة وجحد الحى ذلك فأقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشيء فيما في يد الحى لأنهما شهدا بعقد علم ارتفاعه لانتقاض المفاوضة بموت أحدهما ، ولأنه لاحكم فيما شهدا

واعترض بأن الحكم الثابت مقصودا أعلى حالا من الحكم الثابت في ضمن شيء آخر لاحالة ، والوكيل الذي كانت وكالته مقصودة ليس له توكيل غيره ، فالوكيل الذي تثبت وكالته في ضمن الشركة كيف جاز له توكيل غيره . وأجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم : كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب وغيره ، والشبهة وجه القياس في هذه المسئلة ، وجوابها وجه الاستحسان . وقوله (لأعلى وجه البذل) احتراز عن المقبوض على سوم الشراء ، لأن المقبوض على سوم الشراء قبض لأجل أن يدفع الثمن (قوله والوثيقة) احتراز عن الرهن فإن المرهون مقبوض لأجل الوثيقة .

(قوله وأجيب بذلك الجواب المشهور الخ) أقول : وسيجيء نظير هذا من الشارح أيضا في آخر كتاب الشركة ثم أقول فيه بحث .

قال (وأما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل (كالحياطين والصباغين يشتركان على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا . وقال زفر والشافعي : لا يجوز لأن هذه شركة لانفيد مقصودها وهو التثمين لأنه لا بد من رأس المال ، وهذا لأن الشركة في الربح تبنى على الشركة في المال على أصلهما على ما قررناه . ولنا أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل ، لأنه لما كان وكيلاً في النصف أصيلاً في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ، ولا يشترط فيه

به في المال الذي في يده في الحال لأن المفاوضة فيها مضى لا توجب أن يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما إلا أن يقيموا أنه كان في يده في حياة الميت أو أنه من شركتهما فإنهم حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه . ولو كان المال في يد الورثة وجحدوا الشركة فأقام الحي البينة على المفاوضة وأقاموا أن أباهم مات وترك هذا ميراثاً من مفاوضة بينهما لم تقبل منهم لأنهم جاحدون ، فإنما يقيمونها على النفي وقد أثبت المدعى الشركة فيما في أيديهم فيقضى له بنصفه ، وصحح شمس الأئمة أن هذا قولهم جميعاً ؛ ولو قالوا : مات جدنا وترك ميراثاً لأبينا وأقاموا البينة على هذا لا تقبل في قول أبي يوسف وتقبل في قول محمد ، كما لو كان المفاوض حياً وأقام البينة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة ، وإذا افرق المتفاوضان فأقام أحدهما البينة أن المال كله كان في يد صاحبه وأن قاضي بلدة كذا قضى بذلك عليه وسموا المال وأنه قضى به بينهما نصفين فأقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه أو غيره ، فإن كان من قاض واحد وعلم تاريخ القضاءين أخذ بالآخر وهو رجوع عن الأول ونقض له وإن لم يعلم ، أو كان القضاء من قاضين لزم كلاهما القضاء الذي أنفذه عليه لأن كلا منهما صحيح ظاهراً فيحاسب كل صاحبه بما عليه ويترادان الفضل (قوله وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل) وشركة الأبدان وشركة الأعمال (فنحو الحياطين والصباغين يشتركان في أن يتقبل كل الأعمال) أو نحو الصباغ والحياطين يفعلان ذلك (ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا . وقال الشافعي : لا يجوز لأنها شركة لانفيد مقصودها) أي المقصود منها ، وفي بعض النسخ : مقصودها بالتثنية أي الشريكين (وهو التثمين) أي الربح (لأنه لا بد) في الربح (من رأس المال) لأنه يبنى عليه على ما قررناه في الخلاف في عدم اشتراط الخلط (ولنا أن المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح) على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل جاز بالعمل أيضاً كما مر ، فجاز بالتوكيل بأن وكل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلاً في نصف العمل المتقبل ووكيلاً في نصفه الآخر فتتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل ، فإن عملاً استحق كل فائدة عمله وهو المال المستفاد وهو كسبه ، وإن عمل أحدهما كان العامل معيناً لشريكه فيما لزمه بتقبله عليه ، وهو جائز لأن المشروط مطلق العمل لأجل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه ؛ ألا ترى أن نحو الحياطين يتقبل ثم يستأجر من يعمل ويدفعه إلى مالكه فتطيب له الأجرة . ومن صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا يجوز لأن من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت ، واستحسن جوازها لأن التقبل من صاحب الحانوت عمل (قوله ولا يشترط فيه)

قال (وأما شركة الصنائع) بكلامه ظاهر . وقوله (لانفيد مقصودها) أي مقصود الشريكين وهو التثمين ظاهر . وفي بعض النسخ : لانفيد مقصودها ، أضاف المقصود إلى الشركة وإن كان المقصود للشريكين بأدنى ملازمة وهو تلبس الشريكين بعقد الشركة (قوله ولا يشترط فيه) أي في هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافاً لزفر ومالك رحمه الله ، قالوا : إن اتفقت الأعمال كالتقاصرين اشتركا أو صباغين جاز ، وإن اختلفت كصبغ

اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر فهما لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت (ولو شرط العمل نصفين والمال أثلاثا جاز) وفي القياس: لا يجوز لأن الضمان بقدر العمل، فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتأديته إليه وصار كشركة الوجوه، ولكننا نقول: ما يأخذه لا يأخذه ربما لأن الربح عند اتحاد الجنس، وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيقتلر بقدر ما قوم به فلا يحرم،

أى فى جواز هذه الشركة (اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك). وأورد عليه أنه قدم فى اشتراط الخلط لزفر أن من ثمراته علم جواز شركة التقبل، وهو ينافى اشتراطه لصحتها اتحاد العمل والمكان. أوجب بأن زفر فى جواز شركة التقبل روايتين ذكرهما فى المبسوط، فقرع رواية المنع على شرط خلط المال وذكر هنا شرطه فى تجوزها. ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله (لأن المعنى المجوز لشركة التقبل). من كون المقصود تحصيل الربح (لا يتفاوت) بين كون العمل فى دكانين أو دكان وكون الأعمال من أجناس أو جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل يوجب (قوله ولو شرط العمل نصفين) يعنى التساوى فى العمل والربح أثلاثا (جاز) بشرط كون المشروط له مشروطا عليه العمل (وفى القياس لا يجوز) وهو قول زفر (لأن الضمان هنا إنما هو بقبول العمل) أى لأنه لا مال عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لأحدهما (ربح مالم يضمن فلم تجز) كما لم تجز شركة الوجوه مع شرط

وقصار اشتركا لا يجوز لأن كل واحد منهما عاجز عن العمل الذى يتقبله صاحبه، فإن ذلك ليس من صناعته فلا يتحقق مقصود الشركة: ولنا أن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لا يتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما، أما الأول فلأن التوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل ومن لا يحسن لأنه لا يتعين على المتقبل إقامة العمل بيديه، بل له أن يقيم بأعوانه وأجرائه، وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا. وأما الثانى فلأن أحد الشريكين لو عمل فى دكان والآخر فى دكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر. فإن قيل: قد تقدم أن من الفروع المترتبة على أصل زفر والشافعى فى مسألة الخلط أن شركة التقبل لا تجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك رحمهما الله فى جوازها إذا كانت الأعمال متفقة؟ أوجب بأن زفر له فى هذه المسألة: أعنى الخلط قولان، فذكر المصنف فى تلك المسألة حكم الرواية التى يشترط فيها خلط المال، وذكر هنا حكم الرواية التى لا يشترط ولكن أطلق فى اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فىرى ظاهره متناقضا (قوله ولو شرط العمل نصفين) أى إذا شرط فى شركة التقبل ولم يكن مفاوضة أن يكون العمل نصفين والربح الحاصل أثلاثا جاز استحسانا. والقياس أن لا تصح لأن الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتأديته إليه: أى إلى ربح مالم يضمن فصار كشركة الوجوه فى أن التفاوت فيها فى الربح لا يجوز إذا كان المشتري بينهما على السواء، وأما إذا اشترط التفاوت فى ملك المشتري فيجوز التفاوت حينئذ فى الربح فى شركة الوجوه أيضا: وقوله (ولكننا نقول) بيان وجه الاستحسان ما يأخذه كل من الشريكين لا يأخذ ربما، لأن الربح إنما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا: لو استأجر دارا بعشرة دراهم ثم أجرها بثوب يساوى خمسة عشر جاز لما أن الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحد لأن رأس المال عمل والربح مال فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم، فإذا رضىا بقدر معين كان ذلك منهما تقويما للعمل فيقتلر بقدر ما قوم به ولا يحرم لأنه لم يؤد إلى ربح مالم يضمن، بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق وهو الثمن الواجب فى ذمتها دراهم كانت أو دنانير والربح يتحقق فى الجنس المتفق.

بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق ، وربح مالم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة : قال (وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى إن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر (ويرأ الدافع بالدفع إليه) وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان . والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة

التفاضل في ربح ما يباع مما اشترى بالوجوه ، وأما كون التفاضل يجري فيها إذا شرطاً التفاوت في ملك المشتري ، فإن اشتركا على أن ما اشتراه كل منهما يكون للآخر ربه فقط فينقسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح . قلنا : المأخوذ من هذه الشركة ليس بحقيقة لأن حقيقة الربح إنما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح ، وهو هنا مختلف لأن رأس المال عمل والربح مال ، وإنما يقال له ربح مجازاً وإنما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير : أي بحسب التراضي ، فاقدر لكل هو ما وقع عليه التراضي أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصاً إذا كان أحلق في العمل وأهدى ، وعلى هذا اتجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لأكثرهما عملاً ، وصححوا الجواز لأن الربح لضمان العمل لا بحقيقة العمل ، ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بلا خلاف يعلم . وقوله (بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق) فإن الربح بدل ما هو مال فيتحقق بالتفاوت في الربح ربح مالم يضمن ، وهو لا يجوز إلا في المضاربة على خلاف القياس . هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه يعطى ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة . والوجه أن تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الأجر ، فإنه نص في شركة الوجوه التي شبه بها على ذلك في شرح الطحاوي فقال : وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وإن شرطاً الربح ، بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى أن لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعمله ، وللشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب رب الثوب مثلاً بالأجرة ويرأ الدافع بدفع الأجرة إليه وإن كان إنما عمله الذي تقبله . قال المصنف (هذا) وهو ضمان كل منهما عمل ما تقبله الآخر ومطالبة كل بأجرة الآخر . وبراعة الدافع إليه الأجرة (ظاهر) فيما إذا عقدا شركة الصنائع مفاوضة (وفي غيرها) وهو فيما إذا أطلقا الشركة أو قيداهما بالعنان (استحسان) فلا فرق في ثبوت هذه الأمور بين المفاوضة والعنان فيها (والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة) وإذا وقعت مطلقة انصرفت إلى العنان فلم تثبت المفاوضة إلا بالنص عليها أو على معناه ، وبهذا علمت أن لافرق بين إطلاق الشركة والتنصيب على جعلها عناناً في أن المتعقد عنان

وقوله (وربح مالم يضمن) تقديره لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح مالم يضمن ، وذلك لا يجوز إلا في المضاربة ، وإنما جاز فيها لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجوداً فيلزم فيها ربح مالم يضمن فلا يجوز (قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) ظاهر . وقوله (ويرأ الدافع بالدفع إليه) أي يرأ دافع الأجرة إلى كل واحد من الشريكين ، قيل فيجوز أن يكون معناه ويرأ الدافع من كل من الشريكين بالدفع إليه : أي إلى صاحب الثوب مثلاً لو أخذ أحد الشريكين ثوباً للصبيغ ثم دفع الآخر الثوب مصبوغاً إلى صاحبه برئ من الضمان . وقوله (وهذا) إشارة إلى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة (ظاهر في المفاوضة وفي غيرها) وهو العنان (استحسان) أي معنى الكفالة بطريق الاستحسان . والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة

والكفالة مقتضى المفاوضة . وجه الاستحسان أن هذه الشركة (مقتضية للضمان) ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه فعجى مجزى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البذل . قال (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا) سميت به لأنه لا يشترى بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس ، وإنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الأبدال . وإذا أطلقت تكون عنانا لأن مطلقه ينصرف إليه وهى جائزة عندنا خلافا للشافعى ، والوجه من الجانبين ما قلناه في شركة التقبيل . قال (وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشترى) لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتتبع الوكالة (فإن شرط أن المشتري بينهما نصفان

(والكفالة مقتضى المفاوضة . وجه الاستحسان أن هذه الشركة) أعنى شركة الصنائع (مقتضية للضمان) في القدر الذى ذكرناه ، لا أنها تضمنت توكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولذا استحق من الأجرة بعض ما سمي للآخر (بسبب نفاذ تقبله عليه فعجى) هذا العقد وإن كان عنانا (مجزى المفاوضة في ضمان العمل) عن الآخر (واقتضاء البذل) وإن لم يتقبل ضرورة ، بخلاف ما سوى هذين الأمرين هو فيها على مقتضى العنان ، ولذا لو أقر أحدهما بدين من أمر الصناعة كضمن صابون أو صبغ أو بدين للعملة عن عملهم أو أجرة بيت أو دكان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه إلا ببينة ، لأن نفاذ الإقرار على الآخر موجب للمفاوضة ولم ينصا عليها : ثلاثة لم يعقلوا بينهم شركة تقبل تقبلوا عملا ثم جاء أحدهم فعمله كله فله ثلث الأجرة ولا شيء للآخرين لأنهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل ، لأن المستحق على كل منهم ثلث الأجر ، فإذا عمل الكل كان متطوعا في الثلاثين فلا يستحق إلا ثلث الأجر (قوله وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما ليشتريا بوجوههما) أى بوجاهتهما وجاهتهما والربح بينهما ، لأن الجاه مقلوب الوجه لما عرف غير أن الواو انقلبت حين وضعت موضع العين للموجب لذلك ولذا كان وزنه عفل (وأنها تكون مفاوضة) بأن يكونا من أهل الكفالة والمشتري بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساوى في الربح ويتلفظا بلفظ المفاوضة أو يذكر مقتضياتها كما سلف (فتتحقق الوكالة والكفالة في الأبدال) أى الأثمان والمبيعات ، وإن فات

من مقتضاها حتى تثبت وإن لم تذكر ، وإنما هى مقتضى المفاوضة فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره (وجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان) ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر (ولهذا) أى ولكون العمل مضمونا (يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله) أى تقبل صاحبه (عليه) ولو لم يكن مضمونا عليه لما استحق الأجر لأن الغرم يلزم الغنم ، فإذا كان كذلك (جرى) هذا العقد (مجزى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البذل) وفى وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل ، وإنما قيد بجريانه مجزى المفاوضة في هذين الشئيين لأن فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجراها حتى قالوا : إذا أقر أحدهما بدين من ثمن أشنان أو صابون أو أجر أجير أو أجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه إلا ببينة ، وتلزمه خاصة لأن التنصيص على المفاوضة لم يوجد ، ونفاذ الإقرار يوجب المفاوضة . قال (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان شركة الوجوه) وهو أن يشترك الرجلان ولا مال لهما (على أن يشتريا بوجوههما) أى بوجاهتهما وأمانتهما عند الناس صحيحة عندنا (على هذا) أى على كونهما يشتريان بوجوههما : أى سميت شركة الوجوه لأنه

(قوله وفى وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل) أقول : يمكن أن يستعان في دفع تلك المصادرة بما ذكره الشارح الزيلعى في شرح الكنز .

والربح كذلك يجوز ، ولا يجوز أن يتفاضلا فيه ، وإن شربا أن يكون المشتري بينهما أثلاثا فالربح كذلك) وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو العمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل ، والأستاذ الذي يلتزم على التلميذ بالنصف بالضمان ، ولا يستحق بما سواها ؛ ألا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجوز لعدم هذه المعاني . واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر المالك في المشتري وكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة والوجوه ليست في مضابها ، بخلاف العنان لأنه في معناها من حيث أن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها ، والله أعلم .

شيء مما ذكرنا كانت عنانا لأن مطلق عقد الشركة ينصرف إلى المتبادر وزيادة تعارفه عملا . ومنعها الشافعي ومالك ، والوجه من الجانبين تقدم في شركة الأعمال . ونقول : صحة العقد باعتبار صحة الوكالة ، وتوصل كل من الآخر بالشركة على أن يكون المشتري بينهما نصفين أو أثلاثا صحيح ، فكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة ، وتقدم معنى الباقي غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة أن في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان مع أن الربح في كل منهما من جنس الأصل ، ففرق بأن شركة العنان في معنى المضاربة من حيث أن كلا عامل في مال صاحبه ، بخلاف شركة الوجوه فصح إعمال شبه المضاربة في العنان في إجازة تفاوت الربح ، بخلاف الوجوه . والحاصل أن شبه المضاربة إنما يجوز زيادة ربح أحدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه أحدهما عامل في مال الآخر ، وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق في المضاربة على خلاف القياس وإلا لم يجوز إلحاق غيره به لشبهه به ، بل نقول الربح يستحق شرعا بأحد المعاني الثلاثة ، منها العمل وإن كان فيه ربح مالم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل في الإجازة ، وحينئذ يسقط اعتراض بعضهم بأنه لو جاز ربح مالم يضمن في العنان لشبهه بالمضاربة يصح الشركة بالعروض في العنان ، ونحن إنما لم نجوزها لأدائها إلى ربح مالم يضمن ، لأن في جعل رأس مال الشركة عروضاً ربح مالم يضمن لا في مقابلة عمل للمستحق في مال الآخر لأنه يلزم من أول الأمر عند بيع العروض متفاوتة الثمن . فإن قيل : لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كما في الصنائع ؟ أجيب بأنه إنما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا .

لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجاهة عند الناس ، وإنما تصح مفاوضة إذا كان الرجلان من أهل الكفالة لأنه حينئذ يمكن تحقيق الوكالة والكفالة في الأبدال : أي الثمن والثمن ، فيكون ثمن المشتري على كل واحد منهما نصفه ويكون المشتري بينهما نصفين ، ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة أو بما قام مقامه كما تقدم . وإذا أطلقت كانت عنانا لأن المطلق ينصرف إليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي أي شركة الوجوه جائزة عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله ، والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل وهي أن الربح عنده فرع المال ، فإذا لم يوجد المال لم تنعقد الشركة . وقلنا إن الشركة في الربح مستندة إلى العقد إلى آخره (قوله ولا يجوز أن يتفاضلا فيه) أي في الربح ، وإن شرط لأحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وهذا) إشارة إلى تحم المساواة في اشتراط الربح (قوله بالنصف) قيد اتفاق فإنه يجوز أن يلحق بأقل من النصف ولا يستحق بما سواها . فإن قيل : لم لا يجوز أن يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه ومثانة رأيه وتدبيره في الأمور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة ؟ أجيب بأن اشتراط الزيادة في الربح بزيادة العمل إنما يجوز إذا كان في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا (وقوله ألا ترى) توضيح لقوله ولا يستحق بما سواها (قوله واستحقاق الربح في شركة الوجوه) عود إلى المبحث لإتمام المطلوب يعني أن صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل (قوله على ما بيناه) قيل هو إشارة إلى ما ذكره في شركة التقبل بقوله

(قوله قيل هو إشارة إلى ما ذكره في شركة التقبل بقوله الخ) أقول : وفيه بحث ، فإن الاستحقاق في شركة الوجوه ليس بالعمل .

(فصل في الشركة الفاسدة)

(ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد ، وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة ، والتوكيل في أخذ المال المباح باطل

(فصل في الشركة الفاسدة)

وجه تقديم الصحيحة على الفاسدة ظاهر (قوله ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد) وكذا الاحتشاش والتكديس وسؤال الناس (وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه) أو أصابه من التكديس (فهو له دون صاحبه ، وعلى هذا الاشتراك في كل مباح) كأخذ الحطب والثمار من الجبال كالجوز والتين والفسق وغيرها ، وكذا في نقل الطين ويبيع من أرض مباحة أو الحصى أو الملح أو الثلج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية ، وكذا إذا اشتركا على أن يلبنا من طين غير مملوك ويطحبا أجرا ولو كان الطين مملوكا ؛ أو سهلة الزجاج فاشتركا على أن يشتريا ويطحبا ويبيعا جاز وهو شركة الصنائع ، وكل ذلك جائز عند مالك وأحد لأن هذه شركة الأبدان كالصباغين ، ويؤيده ما رواه أبو داود عن ابن مسعود قال : « اشتركتنا أنا وعمار وسعد يوم بدر : فلم أجبني أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين فأشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم » . أوجب بأن الغنيمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله تعالى ، فيمتنع أن يشترك هؤلاء في شيء منها بخصوصهم . وفعله صلى الله عليه وسلم إنما هو تنفيل قبل القسمة ، أو أنه كان قدر ما يخصهم . وعلى قول بعض الشافعية أن غنائم بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم

لأن الضمان بقدر العمل ، فالزيادة عليه ربح مالم يضمن . وقيل هو إشارة إلى قوله بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق الخ : وتقرير كلامه : استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر الملك في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة فإنه يصح فيها لما ذكرنا من وجوه مقابله بالمال والعمل والوجوه : أي شركة الوجوه ليست في معناها لأن المال فيها . مضمون على كل واحد من الشريكين ، وأما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال ، بخلاف العنان لأنه في معناها من حيث أن كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فيلحق بها قيل فيه نظر لأن ربح "مالم يضمن" لو أجاز في العنان لشبه المضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان لأن العنان مشبه بالمضاربة فكان علة تجوز ربح مالم يضمن موجودة ، لكن لا يجوز ذلك لما تقدم أنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن . والجواب أن العنان بالعروض لو كان مؤديا إلى ربح مالم يضمن فقط لاغتفرناه ، ولكن انضم إلى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة ، وليس في المضاربة ما يقتضي اعتقاده حتى يلحق به ، وهذا الجواب ينزع إلى تخصيص العلة : فلما أن يلتزم مساعه ، أو يصار إلى مخلصه المعلوم في الأصول .

(فصل في الشركة الفاسدة)

وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتأخير عنه لا يخفى على أحد وكلامه واضح .

(قوله وقيل هو إشارة إلى قوله بخلاف شركة الوجوه) أقول : فيه بحث (قوله فإنه يصح فيها لما ذكرنا) أقول : في رأس الصحيفة السابقة (قوله والجواب أن العنان بالعروض الخ) أقول : والأولى عندي في الجواب أن يقال يجوز ربح مالم يضمن في المضاربة على خلاف القياس ، ولهذا يقتصر على مورد النص وهي الدراهم والدنانير ، فالتشبيه بها لا يكون علة إلا لتجوز فيه فيما يجوز فيه فليتأمل ..

(فصل في الشركة الفاسدة)

لأن أمر الموكل به غير صحيح ، والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه ، وإنما ثبت الملك لهما بالأخذ وإحراز المباح ، فإن أخذه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق ، وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل ، وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر المثل بالغاً ما بلغ عند محمد . وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك ، وقد عرف في موضعه .

ينصرف فيها كيف شاء ظاهر (قوله لأن أمر الموكل به) أى بأخذ المباح (غير صحيح) لعدم ملكه وولايته (والوكيل يملكه) أى يملك المباح (بدون أمر الموكل فلا يصلح الوكيل نائباً) عن الموكل لأن التوكيل إثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل ، وهذا لم يوجد ها هنا . فإذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة . واستشكل بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه فإنه يجوز مع أن الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده . وحاصل الجواب أن الوكيل ليس قادراً باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيها تثبت له ولاية أن يشغل ذمته به بعد أن لم يكن يقدر عليه .

وخاصل هذا أن التوكيل بما يوجب حقاً على الموكل يتوقف على إثباته الولاية عليه في ذلك ، والكلام في التوكيل بخلافه ، وإنما الوجه أن الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد إليه ، فإذا وكله به فاستولى عليه سبق ملكه له ملك الموكل ولو قيل عليه هذا إذا استولى عليه بقصد نفسه ، فأما إذا قصد ذلك لغيره فلم لا يكون للغير ؟ يجب بأن إطلاق نحو قوله صلى الله عليه وسلم « الناس شركاء في ثلاث » لا يفرق بين قصد وقصد (قوله فإن أخذه جميعاً) يعنى ثم خا طاه وباعاه قسم الثمن على كيل أو وزن ما لكل منهما ، وإن لم يكن وزناً ولا كيلاً قسم على قيمة ما كان لكل منهما ، وإن لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد إلى النصف لأنهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في أيديهما ، فالظاهر أنه بينهما نصفان ، والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ، ولا يصدق على الزيادة على النصف إلا ببينة لأنه يدعى خلاف الظاهر (وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل) لوجود السبب منه (وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه أحدهما وجمعه والآخر حمله فللمعين أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد ، وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك) وقوله (وقد عرف في موضعه) يعنى كتاب الشركة من المبسوط ، فإنه ذكر فيه وجه قول كل منهما ، فوجه قول محمد أن المسمى

(قوله لأن أمر الموكل به غير صحيح) والوكيل يملكه دليلان على المطلوب : تقرير الأول المدعى أن التوكيل في أخذ المباح باطل لأنه يقتضى صحة أمر الموكل بما وكل به وهو أخذ المباح ، وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لأنه صادم غير محل ولايته . وتقرير الثاني التوكيل بأخذ المباح باطل لأن الوكيل يملكه بدون أمر الموكل ، ومن تملك شيئاً بدون أمر الموكل لا يصلح أن يكون نائباً عنه لأن التوكيل إثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل ، وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون أمره لثلاث يلزم إثبات الثابت : ونوقض الثاني بالتوكيل بشراء عبد بغير معين ، فإن الوكيل يملكه بدون أمر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح أن يكون نائباً عن الموكل . والجواب أن معناه يملكه بدون أمر الموكل بلا عقد ، وصورة النقض ليست كذلك فإنه لا يملكه إلا بالشراء . وقوله (فللمعين أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد . وعند أبي يوسف لا يتجاوز به نصف ثمن ذلك) وقد عرف في موضعه أى في كتاب الشركة من المبسوط . قيل تقديم ذكر محمد على أبي يوسف رحمه الله في الكتاب ، وكذا تقديم دليل أبي يوسف

(قوله لأنه صادم غير محل ولايته) أقول : وفيه بحث لانتقاضه بالتوكيل بالشراء وكذا الدليل الثاني (قوله والجواب أن معناه يملكه الحق) أقول : فيه تأمل ، فإن الموكل به هو الشراء فالوكيل يملكه فلا ينتقض (قوله قيل تقديم ذكر محمد) أقول : القائل هو الإقناني .

قال (وإذا اشتركا ولأحدهما بقل وللآخر راوية يستقى عليها الماء فالكمسب بينهما لم تصح الشركة والكمسب كله للذي استقى ، وعليه أجر مثل الراوية إن كان العامل صاحب البغل وإن كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل)

مجهول إذ لم يدر أى نوع من الحطب يصيبان ، وهل يصيبان شيئا أو لا ، والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة وصار مستوفيا منافع بعقد فاسد فله أجر مثله بالغا ما بلغ . وأبو يوسف يقول بقول محمد فيما إذا لم يصيبا شيئا ، وفيما إذا أصابا أنه إن كان أجر مثله أكثر فهو قد رضى بما دون من النصف وكونه مجهولا في الحال فهي حالة على شرف الزوال فإنه على عرض أن يصير معلوما عند الجمع والبيع ، بخلاف ما إذا لم يصيبا شيئا فإن المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالتفاحش حالا ومآلا فحينئذ أجر المثل بالغا ما بلغ . وقوله (لا يجاوز به) بفتح الواو على البناء للمفعول . وقوله (نصف ثمن ذلك)^(١) بالرفع لأنه هو النائب عن الفاعل .

[فرع] لهما كاب فأرسله فما أصاب بينهما ، ولو كان لأحدهما وأرسله جميعا كان ما أصابه للمالكه (قوله وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقى عليها الماء وما تحصل بينهما لم تصح الشركة) اعلم أن الراوية في الأصل هو الحمل الذي يحمل عليه الماء سمى به لأنه يرويه ، ويقال رويت للقوم : إذا سقيت لهم ، وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الخلود الثلاثة المصنوعة لنقل الماء ، فعلى الأول أن يكون لهذا حمل وللآخر بغل فاشتركا على أن كلا يؤجر ما لكل واحد فما رزقا فهو بينهما ، وذلك باطل لأن حاصل معنى هذا أن كلا قال لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ومنافع دابتي على أن ثمنه بيننا ، ولو صرحا بهذا كانت الشركة فاسدة ثم إن أجراهما بأجر معلوم صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الأجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الحمل ، لأن الشركة لما فسدت والإجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة تبدل معلوم كان الأجر مقسوما بينهما كذلك كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين ، بخلاف ما لو اشتركا على أن يتقبلا الحمولات المعلومة بأجرة معلومة ولم يؤجر البغل والحمل كانت صحيحة لأنها شركة التقبل والأجر بينهما نصفان ، ولا يعتبر زيادة حمل الحمل على حمل البغل كما لا يعتبر في شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصبأغين لأحدهما آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الأعمال ليعملا بتلك الآلة في ذلك البيت ، وإن أجر البعير أو البغل بعينه كان كل الأجر لصاحبه لأنه هو العاقد ، فلو أعانه الآخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله لا يجاوز نصف الأجر على قول أبي يوسف ،

على دليل محمد في الميسوط دليل على أنهم اختاروا قول محمد . وجه قول أبي يوسف أنه رضى بنصف المجموع وإن كان ذلك مجهولا في الحال لأنه يعلم في المال وكانت جهالته على شرف الزوال فإنه بعرضية أن يصير معلوما عند الجمع ، فإذا كان راضيا في الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضيا بنصف ثمن المجموع في الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لأنه يعتبر رضاه في إسقاط حقه عن مطالبة الزيادة . وجه قول محمد أنه لا يمكن تقريره أى تقرير أجر المثل بنصف قيمة المجموع لأنه مجهول جهالة متفاحشة جنسا وقلدا حيث لا يدرى أى نوع من الحطب يصيبان وأى قدر منه يجمعان ، ولا يدرى أيضا هل يجدان ما عقدا عليه عقد الشركة أو لا يجدانه ، فإذا كان كذلك لا يمكن أن يقال إن المعين رضى بنصف المسمى من الحطب أو غيره لأن الرضا بالمجهول لا يتحقق فيجب الأجر بالغا ما بلغ . ألا يرى أنه لو أعانه عليه فلم يصيبا شيئا كان له الأجر بالغا ما بلغ فها هنا أولى لأنهما أصابا . وقوله (وإذا اشتركا ولأحدهما بقل وللآخر راوية) الراوية في الأصل بعير السقاء لأنه يروى الماء : أى يحمله ثم كثر حتى استعمل في المزادة وهي المرادة هنا . قال أبو عبيدة : المزادة

(١) في الشرح تقديم وتأخير مخالف لترتيب الحاشية كما سبق في أمثال ذلك ، مصححه .

أما فساد الشركة فلانعقادها على إخراج المباح وهو الماء ، وأما وجوب الأجر فلأن المباح إذا صار ملكا للمحرز وهو المستق وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البخل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره . وكل شركة فاسدة فالربح فيهما على قدر المال ، ويبطل شرط التفاضل (لأن الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره ، كما أن الربح تابع للبذر في الزراعة ، والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقى الاستحقاق على قدر رأس المال) وإذا مات أحد الشريكين أو ارتدّ ولحق بدار الحرب بطلت الشركة (لأنها تتضمن الوكالة ، ولا بد منها لتحقيق الشركة على

وبالغما بلغ على قول محمد ، وكذا لو دفع دابته إلى رجل ليؤجرها وما أطعم الله تعالى بينهما نصفان كان الأجر كله للمالك الدابة ، وكذا في السفينة والبيت لما بينا ، إذ تقديره أنه قال ينع منافع دابتي ليكون الأجر بينهما ، ثم الأجر كله لصاحب الدابة لأن العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بأمره ، وللعاقد أجر مثله لأنه لم يرض أن يعمل مجانا ، بخلاف ما لو دفع إليه دابة ليبيع عليها طعاما للمدفع إليه على أن الربح بينهما نصفان فإن الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة أجر مثلها ، لأن العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها ، والربح للعامل وهو صاحب الطعام لأنه كسب ماله . وعلى الثاني أن يكون لهذا بغل وللآخر مزادة فاشتركا على أن يستقيا الماء فيباع على البخل فالشركة فاسدة . وهو ظاهر قول الشافعي ، وبه قال أحمد ، والأجر كله للمستق ، وعليه أجر مثل المزادة إن كان صاحب البخل ، وأجر مثل البخل إن كان صاحب المزادة . وجمع المزادة مزاد ومزاید (أما فساد الشركة فلانعقادها على إخراج المباح وهو) نقل (الماء) وأما وجوب الأجر فلأن المباح قد صار ملكا للمحرز وهو المستق وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجر المثل (قوله وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال الخ) كألف لأحدهما مع ألفين للآخر فالربح بينهما أثلاثا ، وإن كانا شرطا الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ، ولو كان لكل مثل ما للآخر وشرطا الربح أثلاثا بطل شرط التفاضل وانقسم نصفين بينهما (لأن الربح في وجوده (تابع للمال) وإنما طاب على التفاضل بالتسمية في العقد وقد بطلت ببطلان العقد فبقى الاستحقاق على قدر رأس المال المولد له ، ونظيره البزري في المزارعة والربح الزيادة (قوله وإذا مات أحد الشريكين أو ارتدّ ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) مفاوضة كانت أو عنانا إذا قضى بلحاظه على البثات حتى لو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة ، وإن لم يقض القاضي بلحاظه انقطعت على سبيل التوقف بالإجماع ، فإن عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاظه فهما على الشركة ، وإن مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف ، فإن لم يقض القاضي بالبطلان حتى أسلم عادت المفاوضة ، وإن مات بطلت من وقت الردة ، وإذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل تصير عنانا عند أبي حنيفة رحمه الله ؟ لا . وعندهما تبقى عنانا ذكره الولوالجي : وإنما بطلت الشركة بالموت لأنها تتضمن الوكالة : أي مشروط ابتداؤها وبقاؤها بها ضرورة فإنها لا يتحقق ابتداؤها إلا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ، ولا تبقى الولاية إلا ببقاء الوكالة ، وبهذا التقرير اندفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعا ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الأصل وبطلانها بالانحاق لأنه موت حكى على ما بيناه من قبل في باب أحكام المرتدين ، ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما إذا علم الشريك

لا تكون إلا من جلدين يقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزاید : وقوله (لأن الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره) فيه نظر ، لأن الربح عندنا فرع للعقد كما مر ، وكل فرع تابع ، وكونه تابعا للمال إنما هو مذهب الشافعي رحمه الله كما تقدم فكان الكلام متناقضا : والجواب أنه تابع للعقد إذا كان العقد موجودا ، وهما قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لأنه شرط ، فإن العلة إذا لم تصلح لإضافة الحكم إليها تضاف إلى الشرط . والربح

مامر ، والوكالة تبطل بالموت ، وكذا بالالتحاق مرتدا إذا قضى القاضى بلحاظه لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ، ولا فرق بينا إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكى ، وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة ، بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدى ، والله أعلم .

بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لأنه عزل حكى فإن ملكه يتحول شرعا إلى وارثه علم موته أو لا فلا يمكن توقفه ، وقد نفذ الشرع حيث نقل الملك ، بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومالها دراهم أو دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدى لأنه نوع حجر فيشترط علمه دفعا للضرر عنه ، وتقييده بما إذا كان مال الشركة دراهم أو دنانير لأنه لو كان عروضاً فلا رواية في ذلك عن أصحابنا ، وإنما الرواية في المضاربة وهي أن رب المال إذا نهى المضارب عن التصرف ، فإن كان مال المضاربة دراهم أو دنانير صح نهي غير أنه يصرف الدراهم بالدنانير إن كان رأس مال الشركة دنانير وعكسه فقط ، وإن كان عروضاً لم يصح فجعل الطحاوى الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ ، وبعض المشايخ قالوا : تنفسخ الشركة وإن كان المال عروضاً وهو المختار ، وفرقوا بين الشركة والمضاربة بأن مال الشركة في أيديهما معا وولاية التصرف إليهما جميعاً فيملك كل نهى صاحبه عن التصرف في ماله نقداً كان أو عرضاً ، بخلاف مال المضاربة فإنه بعد ما صار عرضاً ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهي .

[فروع] إنكار الشركة فسخ . وقوله لا أعمل فسخ ، حتى لو عمل الآخر كان ضامناً لقيمة نصيب شريكه . وفي الخلاصة : قال : أحد الشريكين لصاحبه : أنا أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسى فسكت فاشترها لا تكون له . ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشترها تكون له . ثم فرق فقال إن الوكيل يملك عزل نفسه إذا علم الموكل رضى أم مخط ، بخلاف الشريك فإن أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة إلا برضا صاحبه اه . وهذا غلط ، وقد صحح هو أفراد الشريك بالنسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس ، فإن أحد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها إلا برضا صاحبه ، وفي الرضا احتمال : يعنى إذا كان ساكتاً ، والمراد بموجبها وقوع المشتري على الاختصاص . ولا يشكل على هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتركوا شركة صحيحة على قدر رموس أموالهم فخرج واحد إلى ناحية من النواحي لشركتهم فشارك الحاضران آخر على أن ثلث الربح اه والثلاثين بينهم أثلاثاً ثلاثاً للحاضرين وثلاثة للغائب فعمل المدفوع إليه بذلك المال

عبارة عن الزيادة ، يقال : أخرجت الأرض ريعاً : أى غلة لأنها زيادة . وقوله (على ما بيناه من قبل) إشارة إلى ما ذكره في باب أحكام المرتدين في قوله وإن لحق بدار الحرب مرتداً وحكم بإحقاقه إلى قوله ولنا أنه باللاحق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام الخ . وقوله (لأنه) أى الموت (عزل حكى) لكون موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكماً لتحويل ملكه إلى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به ؛ ألا ترى أن الوكيل ينزل بموت الموكل وإن لم يعلم بموته . وقوله (وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة) متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت . واعترض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة ، وإذا كان كذلك كانت تابعة لها ، ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع . وأجيب بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث أنها شرطها لاتصيح الشركة بدون الوكالة ، أشار المصنف إلى ذلك آتفاً بقوله ولا بد منها أى الوكالة للتحقق الشركة ، وإذا كانت شرطاً لا يتحقق بقاء المشروط بدونه . وقوله (لأنه) أى الفسخ (عزل قصدى) فيتوقف على العلم .

(فصل)

وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه ، لأنه ليس من جنس التجارة ، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاته ، فإن أدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الأول أو لم يعلم ، وهذا عند أبي حنيفة : وقالا : لا يضمن إذا لم يعلم وهذا إذا أديا على التعاقب ، أما إذا أديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه ، وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدى الأمر بنفسه . لهما أنه مأمور بالتخليك من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لأن في وسعه التخليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وإنما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعد ما زال الإحصار وحج الأمر لم يضمن

سنتين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشيء فاققسموا ولم يزل يعمل معهم هذا الرابع حتى خسر المال أو استهلكه فأراد الغائب أن يضمن شريكه لاضمان عليهما وعمله بعد ذلك رضا بالشركة لأن هذا أخص من السكوت الثابت لما فيه من زيادة العمل .

(فصل)

لما كانت أحكام هذا الفصل بعيدة عن الشركة إذ ليست من أمور التجارة والاسترباح أفردناها بفصل وأخره (قوله وإذا أذن كل أن يؤدي زكاة أمواله إذا حال الحول فحال قأدى) وقد أدى المالك ضمن لشريكه ما أداه (علم بالأداء أو لم يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله) وعندهما لا يضمن مالم يعلم بأدائه ، هكذا ذكر في كتاب الزكاة من المبسوط . ونقل الولوالجي أن في بعض المواضع لا يضمن عندهما وإن علم بأداء المالك ، ونص في زيادات العتابي أن عندهما لا يضمن علم بأدائه أو لم يعلم قال : وهو الصحيح عندهما ، وعلى هذا الخلاف لو دفع مالا إلى رجل ليكفر عنه فكفر الأمر بنفسه ثم كفر المأمور (وعلى هذا المأمور بأداء الزكاة) وهذا الخلاف فيما إذا أديا على التعاقب ، فإن أديا معا ضمن كل نصيب الآخر عند أبي حنيفة : وعندهما لا يضمن ذكره في المبسوط وزيادات العتابي وعلل فيها نقل عن المبسوط بأن زكاة كل منهما تقع بما أداه بنفسه وأدأه بنفسه يوجب عزل الوكيل ، ولا يخفى أنه لا يفيد لأنه بعد تسليم أن أدائه يتضمن عزل الوكيل وهو لا ينزل إلا بعد العلم والكلام فيه . وجه قولهما في خلافة الكتاب أنه أداه بالأمر ولا ضمان مع الأمر . ولا يقال : إنما أمره بأداء ما هو زكاة . لأننا نقول : ليس هذا من وسع الوكيل لأن وقوعه زكاة يتعلق بأمر من جهة

(فصل)

ولما كانت أحكام هذا الفصل أبعد عن مسائل الشركة من قبيل أنها ليست من مسائل التجارة أخرها في فصل على حدة ، وكلامه واضح لا يحتاج إلى شرح سوى ما ذكره : وقوله (أما إذا أديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه) يعني عند أبي حنيفة خلافا لهما .

(فصل)

وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه الخ

المأمور علم أو لا . ولأبي حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفا ، وهذا لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر إلا لدفع الضرر . وهذا المقصود حصل بأدائه وعرى أداء المأمور عنه فصار معزولا علم أو لم يعلم لأنه عزل حكى : وأما دم الإحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف ، وقيل بينهما فرق . ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار . وفي مسئلتنا الأداء واجب فاعتبر الإسقاط مقصودا فيه دون دم الإحصار .

الموكل كنيته ، وإنما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه إلا الأداء ، ولهذا لو دفع إلى رجل ليقضى بها ديننا عليه ثم أدّى الدافع الدين لا يضمن إذا دفع ولم يعلم ، وصار أيضا كدم الإحصار إذا ذبح المأمور بعد زوال الإحصار . (ولأبي حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى) بعد أدائه (لم يقع زكاة فصار مخالفا ، وهذا لأن الظاهر أن لا يلتزم الضرر) بتقيص المال إلا لدفع الضرر الديني وقد خلا أدائه عن ذلك (فصار بأدائه معزولا علم أو لم يعلم لأنه عزل حكى) لا يتوقف على العلم بالعزل بالموت كما ذكرنا آنفا ، وأما ما التزم به من المسئلتين فقيل يمنع تسليم أبي حنيفة الجواب فيهما ، وقيل بل هو على الاتفاق . والفرق (أن الدم ليس بواجب على الأمر المحصر لأنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار) أدرك الحج أو لم يدركه ويفعل أفعال فائت الحج (وفي مسئلتنا الأداء واجب فاعتبر الإسقاط مقصودا فيه) وأما مسألة الدين : فالفرق أنه أمره بدفع مضمون على الآخذ وذلك ثابت

وقوله (لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر) يعنى أداء بعض ماله على يد الوكيل إلا لدفع الضرر : أى بقاء الواجب في ذمته . وقوله (لأنه عزل حكى) اعترض عليه بأنه يشكل بالوكيل بقضاء الدين ، فإن هناك إذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل : فإن علم بأداء الموكل فهو ضامن ، وإن لم يعلم لم يضمن شيئا ، فقد فرق هناك بين العلم وعلمه مع أنه حصل العزل الحكى هناك أيضا بأداء الموكل . وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضمون على القابض على ما هو الأصل ، لأن الديون تقضى بأمثالها ، وذلك يتصور بعد أداء الموكل فلم يكن أدائه موجبا عزل الوكيل حكما فوضح الفرق أن هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بمجهله بأداء الموكل لألحق الموكل فيه ضرر لأنه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه إن كان هالكا ، وها هنا لو لم يوجب الضمان أدبى إلى لحاق الضرر بالموكل لأنه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه ، والضرر مدفوع فلهذا وجب الضمان بكل حال . واعترض عليه أيضا بأن زكاة كل واحد تسقط عنه بعد أدائه فيرتب عليه عزل وكيله ، وحال ما يؤدى عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكاة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الأداء . وأجيب عنه بأنه أمره بأداء الزكاة عنه في حال استقرار الزكاة على الأمر ، وعند ما يؤدى الموكل عن نفسه الزكاة الحالة حالة زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا توصف في هذه الحالة أنها حالة استقرار الزكاة فكان أدائها على غير الوجه المأذون فكان مخالفا لما أمره . ولذلك ضمن . وقوله وأما دم الإحصار جواب عن قوله فصار كالمأمور بذبح دم الإحصار ؛ وتقديره أنا لانسلم أن المأمور بذبح دم الإحصار لا يضمن إذا ذبح بعد زوال الإحصار ؛ ولئن سلمنا أنه لا يضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما أن دم الإحصار ليس بواجب البتة لأنه

(قوله وأجيب بأن الوكيل الخ) أقول : وفي شرح الإتيان والجواب عن مسألة كتاب الوكالة قال صاحب الأجناس : من أصحابنا من قال إن هذا الجواب عن قولها ، فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يضمن التوكيل في جميع الأحوال ، فلي هذا لا يحتاج أبو حنيفة إلى الفرق . (قوله واعترض عليه أيضا ، إلى قوله : وأجيب عنه بأنه أمره الخ) أقول : هذا الاعتراض والجواب للإتقاف .

قال (وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة ، وقالوا : يرجع عليه بنصف الثمن) لأنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة (وهذا) لأن الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك . وله أن الجارية دخلت في الشركة على البتات جرياً على مقتضى الشركة إذ هما لا يملكان تغييره فأشبهه حال عدم الإذن ، غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ، ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه مخالف لمقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة

وإن كان الآخذ دائنه ، وهذا لأن عين الدين لا يمكن دفعه بل دفع مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضمان قصاصاً وقد وقع ولم يفت لإمكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ، ولا يخفى أنه لم يقع الجواب عن قولهما ليس في وسعه إيقاعه زكاة فكان المأمور به دفعه إلى المصرف وقد وجد ، وكونه عزلاً حكماً لهما أن يمنعه لأنه موقوف على كون الأمر صح بدفعه مقيداً بوقوعه زكاة وهو ممنوع ، وقد قيل إنه لما أمره بأداء الزكاة كان ناوياً لها ، فلو بادر إلى الأداء وقع المأمور به ، فلما أخر حتى أدى الأمر كان بتأخيرته متسبباً لوقوعها غير زكاة ولا يخفى ما فيه (قوله وإذا أذن أحد المتفاوضين للآخر أن يشتري جارية ويطأها ففعل) وأدى جميع ثمنها من مال الشركة (فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة ، وقالوا : يرجع عليه) شريكه (بنصف) ما أدى (لأنه أدى ديناً عليه من مال الشركة) لأن الملك فيها له خاصة كطعام أهله (وله أن الجارية دخلت في الشركة على الشركة) جرياً على موجب المفاوضة (إذ لا يملكان تغييره فكان كحال عدم الإذن) ثم (الإذن) له بالوطء (يتضمن هبة نصيبه منه) إذ (لا يحل إلا في ملك ولا يمكن إثباته بالبيع) الصادر من البائع لأحد الشريكين (لما بينا) من عدم ملكهما

لو صبر إلى أن يزول الإحصار لم يطالب بدم الإحصار فلم يكن أمراً مقصوداً فلم يمكن أن يقال إن المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور فعلى فعل المأمور عن المقصود ، بخلاف أداء الزكاة فإنه واجب وكان إسقاط الواجب أمراً مقصوداً ، وقد حصل هذا المقصود بأداء الأمر نفسه فعلى فعل المأمور عن المقصود فيضمن : وقوله (وإذا أذن أحد المتفاوضين) صورة المسئلة ظاهرة ، وتقرير دليلهما أنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك ، وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة : وقوله (وهذا) بيان لقوله إنه أدى ديناً عليه خاصة لأن الملك واقع له خاصة بدليل حل وطئها والثمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة : ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الجارية دخلت في الشركة على البتات وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة ، وكل ما دخل في الشركة وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة فإنه لا يرجع عليه صاحبه بشيء ، كما لو اشتراها قبل الإذن وأدى ثمنها من مال الشركة فإنه لا يرجع عليه بشيء ؛ وبين دخولها في الشركة بقوله (جرياً على مقتضى الشركة) أي شركة المفاوضة ، فإن ذلك يقتضى دخول ماليس بمستثنى كالطعام والكسوة تحتها : وشراء الجارية ليس بمستثنى فيدخل تحتها لأنهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها ؛ ألا ترى أنهما لو شرطتا التهاوت بينهما في ملك المشتري لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة . فإن قيل : لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطئها ؟ أجيب بأنه كان يحل وطئها كما يحل إذا وهبه نصيبه بعد الشراء بغير إذن ، وقوله (غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه) استثناء من قوله فأشبهه حال عدم الإذن فإنه كان مما يوهم أن يقال كيف يشبه حال عدم الإذن وهناك لم يحل وطئها وبعد الإذن يحل ، فأزال ذلك بقوله غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه ، لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ، ولا وجه إلى إثباته بالبيع : يعني لا يمكن أن يقال حل الوطء بناء على أنه اشتري جميعها لنفسه

في ضمن الإذن ، بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا ديناً عليه من مال الشركة . وفي مسئلتنا قضى ديناً عليهما لما بيننا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة .

كتاب الوقف

تغيير مقتضى العقد ، ولا من الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وإن كان شائعاً . واستشكل بأنه لو ثبت الملك حكماً للإحلال لكان قول الرجل للرجل أحلت لك وطء هذه الأمة تملكها لها منه وهو منتف . وأجيب بالفرق بأن الجارية المشتركة أقبل لملك الشريك لها من الجارية التي لا يملك المخاطب بالإحلال شقفاً منها ، ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاء دون الأجنبي ، فأما من له حق التملك كالأب والجد فالرواية غير محفوظة في تملك الجارية بالإحلال .

كتاب الوقف

مناسبتة بالشركة أن كلا منهما يراد لاستبقاء الأصل مع الانتفاع بالزيادة عليه ، إلا أن الأصل في الشركة

لما بيننا أنه يخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكره آنفاً من قوله جرياً على مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن ، فكانه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبى منها لك فجازت الهبة في الشائع لأن الجارية مما لا تقسم ، بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة ، وفي مسئلتنا قضى ديناً عليهما لما بيننا أنها دخلت في الشركة . وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن من قال أعتق عبدك عني ولم يذكر المال ففعل لا يصير هبة عند أبي حنيفة ومحمد ، والعق يقع عن المأمور لانتفاء القبض الذي هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه . والثاني أن الملك يثبت في نصيب الشركة بالهبة حكماً للإذن بالوطء ، والملك لا يثبت في الجارية بالهبة حكماً للإحلال ، فإن من قال لغيره أحلت لك وطء هذه الجارية لاتصير ملكاً للمخاطب حكماً للهبة بالإحلال . والجواب عن الأول أن ذلك إنما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذي هو شرطها ، وما نحن فيه ليس كذلك لأنه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه . وعن الثاني أن المصنف رحمه الله أشار إلى ذلك بقوله في ضمن الإذن ، وجاز أن يثبت الشيء ضمناً ولا يثبت قصداً . أقول : قد سبق نظير هذا الجواب من الشارح قبل ثلاث ورقات ونحن نقول فيه بحث ، فإن الهبة إذا ثبت حكماً للإحلال يكون ثبوته ضمناً أيضاً ، والأولى أن يقال : إن الجارية المشتركة أقبل لملك الشريك لها من الجارية التي لا يملكها المخاطب بالإحلال شقفاً منها ، ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاء دون الأجنبي . بالصواب وإليه المرجع والمآب .

كتاب الوقف

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدك عني الخ) أقول : المستلزم كوزة في الأصول (قوله وعن الثاني أن المصنف أشار إلى ذلك بقوله في ضمن الإذن : وجاز أن يثبت الشيء ضمناً ولا يثبت قصداً) . أقول : قد سبق نظير هذا الجواب من الشارح قبل ثلاث ورقات ونحن نقول فيه بحث ، فإن الهبة إذا ثبت حكماً للإحلال يكون ثبوته ضمناً أيضاً ، والأولى أن يقال : إن الجارية المشتركة أقبل لملك الشريك لها من الجارية التي لا يملكها المخاطب بالإحلال شقفاً منها ، ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاء دون الأجنبي .

كتاب الوقف

مستبقى في ملك الإنسان ، وفي الوقف مخرج عنه عند الأكثر ، ومحاسن الوقف ظاهرة وهي الانتفاع الدار الباقي على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الأحياء والموتى لما فيه من إدامة العمل الصالح ، كما في الحديث المعروف « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية » الحديث ، ثم يحتاج إلى تفسيره لغة وشرعا ، وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه ، أما تفسيره لغة فالجيب مصدر وقفت أقف حبست ، قال عنتره :

ووقفت فيها ناقتي فكأنتها فدن لأقضي حاجة المتلوم

وهو أحد ما جاء على فعائه ففعل يتعدى ولا يتعدى ، ويحتمعان في قولك وقفت زيدا أو الحمار فوقف ، وأما أوقفته بالهمز قلغة رديئة : وقال أبو الفتح ابن جني : أخبرني أبو علي الفارسي عن أبي بكر عن أبي العباس عن أبي عثمان المازني قال : يقال وقفت دارى وأرضى ولا يعرف أوقف من كلام العرب . ثم أشهر المصدر : أعني الوقف في الموقوف ، ففعل هذه الدار وقف فلذا جمع على أفعال ففعل وقف وأوقاف كوقت وأوقات . وأما شرعا : فحبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعها أو صرف منفعتها على من أحبّ وعندهما حبسها لأعلى ملك أحد غير الله تعالى الخ ، وقد انتظم هذا بيان حكمه وسيأتي تمامه فلا حاجة لإفراده هنا أيضا . وإنما قلنا : أو صرف منفعتها لأن الوقف يصح لمن يحبّ من الأغنياء بلا قصد القرية ، وهو وإن كان لا بد في آخره من القرية بشرط التأيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الأغنياء بلا تصديق . وسببه إرادة محبوب النفس في الدنيا بين الأحياء . وفي الآخرة بالتقرب إلى ربّ الأرباب جل وعز . وأما شرطه فهو الشرط في سائر التبرعات من كونه حرا بالغا عاقلا ، وأن يكون منجزا غير معلق ، فلو قال : إن قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا ، وأما الإسلام فليس بشرط ، فلو وقف الذمي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ، ويجوز أن يعطى لمساكين المسلمين وأهل الذمة ، وإن خص في وقفه مساكين أهل الذمة جاز ، ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم إلا إن خص صنفا منهم ، فلو دفع القيم إلى غيرهم كان ضامنا وإن قلنا إن الكفر كله ملة واحدة . ولو وقف على ولده ونسله ثم للفقراء على أن من أسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه ، وكذا إن قال من انتقل إلى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاص . ولا نعلم أحدا من أهل المذهب تعقبه غير متأخر يسمى الطرسوسي شنع بأنه جعل الكفر سبب الاستحقاق والإسلام سبب الحرمان ، وهذا للبعد من الفقه ، فإن شرائط الواقف معتبرة إذا لم يخالف الشرع ، والواقف مالك له أن يجعل ماله حيث شاء مالم يكن معصية ، وله أن يخص صنفا من الفقراء دون صنف وإن كان الوضع في كلهم قرية ، ولا شك أن التصديق على أهل الذمة قرية حتى جاز أن تدفع إليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا فكيف لا يعتبر شرطه في صنف دون صنف من الفقراء ؟ أرايت لو وقف على فقراء أهل الذمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين ، ولو دفع المتولى إلى المسلمين كان ضامنا فهذا مثله ، والإسلام ليس سببا للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه هذا المال ، والسبب هو إعطاء الواقف المالك ، وشرط صحة وقفه أن يكون قرية عندنا وعندهم ، فلو وقف على بيعة مثلا فإذا خربت يكون للفقراء كان ابتداء ، ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثا عنه

نص عليه الخطباء في وقفه ولم يحك خلافا . ومعلوم أن خلاف أبي حنيفة في الوصية فإنه إنما شرط أن يكون قربة عندهم ؛ فقال صاحب المحيط : الوقف كالوصية ، ولو أنكر فشهد عليه ذميان عدلان في ملتهم قضى عليه بالوقف ، ولو وقف على أن يحج به أو يعتمر لم يحز لأنه ليس قربة عندهم ، بخلاف ما لو وقف على مسجد بيت المقدس فإنه يجوز لأنه قربة عندنا وعندهم . وأما المرتد إذا وقف حال رده فحق قول أبي حنيفة هو موقوف إن قتل على رده أو مات بطل وقفه . وقول محمد إذا انتحل ديناً جاز منه مانجيزه لأهل ذلك الدين : أما المرتد فأبو حنيفة يحجز وقفها لأنها لا تقتل . وأما المسلم إذا وقف وقفا صحيحا في أي وجه كان ثم ارتد يبطل الوقف ويصير ميراثا سواء قتل على رده أو مات أو عاد إلى الإسلام إلا إن أعاد الوقف بعد عوده إلى الإسلام وحكى الخصاص في وقف المرتدين خلافا بين أصحابنا مبني على الخلاف في الذي يتردق يهوديا أو نصرانيا أو مجوسيا ، قال بعضهم : أقره على ما اختاره وأقر الجزية عليه لأنني إن أخذته بالرجوع فإنما أردته من كفر إلى كفر ولا أرى ذلك . وقال بعضهم : لا أقره على الزندقة . وأما الصابئة فإن كانوا دهرية يقولون ما يهلكنا إلا الدهر فهم صنف من الزنادقة ، وإن كانوا يقولون بقول أهل الكتاب ضح من وقوفهم ما يصح من أهل الذمة وجميع أهل الأهواء بعد كونهم من أهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم أهل الإسلام ؛ ألا ترى إلى قبول شهادتهم على المسلمين فهذا حكم بإسلامهم . وأما الخطائية فإنما لم يقبلوا لأنه قيل إنهم يشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم . وقيل لأنهم يتدينون صدق المدعى إذا حلف أنه حق . ومن الشروط الملك وقت الوقف ، حتى لو غصب أرضا فوقفها ثم اشتراها من مالها ودفع ثمنها إليه أو صالح على مال دفعه إليه لا تكون وقفا لأنه إنما ملكها بعد أن وقفها ، هذا على أنه هو الواقف . أما لو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فأجازه بغير بشرط الحكم والتسليم أو علمه على الخلاف الذي سنده ، وهذا هو المراد بجواز وقف الفضول . وستأتيك فروع آخر مبنية على هذا الشرط . ومن شرطه أن لا يكون محجورا عليه ، حتى لو حجر القاضي عليه لسفه أو دين فوقف أرضا له لا يجوز لأن حجره عليه كى لا يخرج ماله عن ملكه ليضر بأرباب الديون أو بنفسه كذا أطلقها الخصاص . وينبغي أنه إذا وقفها في الحجر لسفه على نفسه ثم لجأة لا تنقطع أن يصح على قول أبي يوسف ، وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل إذا حكم به حاكم ، هذا وأما عدم تعلق حق الغير كالرهن والإجارة فليس بشرط ، فلو أجر أرضا عامين فوقفها قبل مضيتها لزم الوقف بشرطه فلا يبطل عقد الإجارة ، فإذا انقضت المدة رجعت الأرض إلى ما جعلها له من الجهات ، وكذا لو رهن أرضه ثم وقفها قبل أن يفتكها لزم الوقف ولا يخرج عن الرهن بذلك ، ولو أقامت سنين في يد المرتهن

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال ، وهو مصدر وقفت الدابة وقوفا ووقفها أنا يتعدى ولا يتعدى ، ووقفت الدار على المساكين وقفا وأوقفها لغة ردئة ، وعرفه

قال الإجماع : الوقف الحبس ، من قولهم وقفت الدابة إذا منعت من السير . قال صاحب الجمهرة : الوقف مصدر وقفت الدابة وأوقفه وقفا ، وكذلك كل شيء حبسه ، وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل . وقال ابن جني في شرح المتنبي : أخبرني أبو علي الفارسي عن أبي بكر عن أبي العباس عن أبي عثان المازني قال : يقال وقفت دارى وأرضى ، ولا يعرف أوقف من كلام العرب انتهى . وفي شرح الكاكي : الوقف في الأصل مصدر وقفه إذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى ، ومنه وقف أرضه على ولده لأنه حبس الملك عليه ، وقيل للموقوف وقف كقوله نسج الميز وضرب الأمير وجمع على أوقاف كوقت وأوقات (قوله وهو مصدر وقفت الدابة وقوفا الخ) أقول : فيه بحث لأن في مصدر وقف لازم يمتنع وقوفا على ما اعترف به لاوقفا . والجواب أن مقصوده أنه مصدر وقفها أنا ، وذكر وقفت الدابة لتوطئة يدل على ذلك ذكر مصدر الأول دون الثاني .

فافتكها تعود إلى الجهة ، فلو مات قبل الافتكاك وترك قدر ما يفتكك به افتكك ولزم الوقف ، وإن لم يترك وفاء بيعت وبطل الوقت ، وفي الإجارة إذا مات أحد المتأجرين تبطل وتصير وقفا . وأما شرطه الخاص لخروجه عن الملك عند أبي حنيفة الإضافة إلى ما بعد الموت وهو الوصية به أو أن يلحقه حكم به . وعند أبي يوسف لا يشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا أو دارا ، وعند محمد ذلك مع كونه مؤبدا مقسوما غير مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلما إلى متول . وأما ركنه فالألفاظ الخاصة كأن يقول أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ، ولا خلاف في ثبوته بهذا اللفظ بعد شروطه . ولا بأس أن نسوق شيئا من الألفاظ : أرضي هذه صدقة ، أو قال تصدقت بأرضي هذه على المساكين لا تكون وقفا بل نلنا يوجب التصديق بعينها أو بقيمتها ، فإن فعل خرج عن عهدة النذر . ولا ورث عنه ، كمن عليه زكاة أو كفارة فأتى بلا إيصال تورث عنه ، وموقوفة فقط لا تصح إلا عند أبي يوسف ، فإنه يجعله بمجرد هذا اللفظ وقفا على الفقراء ، وهو قول عثمان البتي ، وإذا كان مقيدا لخصوص المصروف : أعني الفقراء لزم كونه مؤبدا لأن جهة الفقراء لا تنقطع . قال الصدر الشهيد : ومشايخ بلخ يفتنون بقول أبي يوسف ، ونحن نقول أيضا بطلان العرف ، وبهذا يندفع ردّ هلال قول أبي يوسف بأن الوقف يكون على الغنى والفقير ولم يبين فبطل ، لأن العرف إذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيب عليهم ، فلو قال موقوفة على الفقراء صرح عند هلال أيضا لزوال الاحتمال بالتنصيب على الفقراء ، بخلاف قوله محبوسة أو حبس ، ولو كان في حبس مثل هذا العرف يجب أن يكون كقوله موقوفة ، وكذا إذا قال للسبيل إذا تعارفوه وقفا مؤبدا على الفقراء كان كذلك . فلو قال : أردت الوقف صار وقفا لأنه محتمل لفظه ، أو قال أردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها أو بشئها ، وإن لم ينو كانت ميراثا ذكره في النوازل . وقال في قوله جعلتها للفقراء إن تعارفوه وقفا عمل به . ولا سئل ، فإن أراد الوقف فهي وقف أو الصدقة فهو نذر ، وكذا عند عدم النية لأنه أدنى ، فإثباته به عند الاحتمال أولى . واعترضه في فتاوى الخاصي بأنه لا فرق بينهما ، وذكر في إحداهما إذا لم تكن له نية يكون ميراثا ، ولا يخفى أن كونه ميراثا لا ينافي كونه نذرا لأن المنذور به إذا مات الناذر ولم يوفّ بنذره يكون ميراثا إلا أنه اقتصر على تمام التفصيل في إحداهما ، وإلا فلا شك أن في كل منهما إذا لم تكن له نية يكون نذرا ، فإن مات ولم يتصدق به ولا بقيمته يكون ميراثا ؛ ولو قال صدقة موقوفة فهلال وأبو يوسف وغيرهما على صحته لأنه لما ذكر صدقة عرف مصرفه ، وإننى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا ، وكذلك حبس صدقة : وكذلك صدقة محرمة . قبل ومحرمة بمنزلة وقف وهي معروفة عند أهل الحجاز ، بخلاف مالو قال حبس أو محبوسة موقوفة لأنه بمعنى موقوفة فكان كإفراد لفظ موقوفة : وفي النوازل : لو قال جعلت نزل كرمي وقفا وفيه ثمر أو لا يصير الكرم وقفا ، وكذا لو قال جعلت غلته وقفا تصحيحا للكلام ما أمكن كأنه قال جعلت كرمي بما فيه وقفا ، وينبغي أن لا تدخل الثمار لما سنده ؛ ولو زاد فقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغي أن لا يختلف فيه ، كما لو قال مع

شمس الأئمة السرخسي رحمه الله بأنه حبس المملوك التملك عن الغير . وسببه طلب الزلنى . وشرطه كون الواقف حرا بالغا عاقلا وكون المحل غير منقول . وركنه أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين . وحكمه خروج الوقف : أي الموقوف عن ملك الواقف وعدم دخوله في ملك الموقوف عليه ، وكلامه واضح ، وما عرّفه به

قال أبو حنيفة : لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول إذا مت فقد وقفت دارى على كذا . وقال أبو يوسف (يزول ملكه بمجرد القول . وقال محمد : لا يزول حتى يجعل للوقف ولها ويسلمه إليه) قال رضى الله عنه : الوقف لغة . هو الحبس تقول وقفت الدابة وأوقفتها بمعنى . وهو فى الشرع عند أبي حنيفة : حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية . ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعذور لا يصح ، فلا يجوز الوقف أصلا عنده ، وهو الملقوف فى الأصل . والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية : وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود

ذلك مؤبدا وهو موضع اتفاق يحيزى الوقف على أنها العبارة الوافية ، إلا أن قوله فى الأسرار ولو لم يقل مؤبدا كان وقفا على قول عامة من يحيز الوقف يفيد أن فيه خلافا ، ولا ينبغي فإن التأييد أن يجعله فى أول الأمر أو آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك . وقوله موقوفة لله تعالى بمنزلة صدقة موقوفة (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله : لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به حاكم) أى بخروجه عن ملكه (أو يعلقه) أى يعلق الوقف (بموته فيقول : إذا مت فقد وقفت دارى على كذا) وقال أبو يوسف (يزول بمجرد القول) الذى قدمنا صحة الوقف به ، وقال محمد (لا يزول حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه إليه) بعد ذلك القول ، وبه أخذ مشايخ بخارى ، وإذا لم يزل عند أبي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة . وحقيقته ليس إلا التصديق بالمنفعة ، ولفظ حبس إلى آخره لا معنى له لا أن له يبعه متى شاء وملكه مستمر فيه ، كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الواقف إلا مشيئة التصديق بمنفعته ، وله أن يترك ذلك متى شاء ، وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يقد لفظ الوقف شيئا ، وهذا معنى ما ذكر فى المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لا يحيز الوقف ، وهو ما أراد المصنف . بقوله (وهو الملقوف فى الأصل) يعنى المبسوط ، وحينئذ فقول من أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند أبي حنيفة لا يجوز صحيح لأنه ظهر أنه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن ، وإذا لم يكن له أثر ائد على ما كان قبله كان كالمعذور ، والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ، ومعلوم أن قوله لا يجوز ولا يحيز ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف بل لا يحيز الأحكام التى ذكر غيره أنها أحكام ذكر الوقف فلا خلاف إذن ؛ فأبو حنيفة لا يحيز الوقف : أى لا تثبت الأحكام التى ذكرت له إلا أن يحكم بها حاكم . وقوله بمنزلة العارية لأنه ليس حقيقة العارية لأنه إن لم يسلمه إلى غيره فظاهر وإن أخرجه إلى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفى لمنافعه . [فرع] يثبت الوقف بالضرورة . وصورته أن يوصى بغلة هذه الدار للمساكين أبدا أو لفلان وبعده للمساكين أبدا ، فإن هذه الدار تصير وقفا بالضرورة . والوجه أنها كقول له إذا مت فقد وقفت دارى على كذا . قال المصنف : وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها إلى الله تعالى على وجه

أبو حنيفة رحمه الله يقتضى أن لا يصح الوقف لأنه قال : والتصدق بالمنفعة والتصدق بالمعذور لا يصح . وقوله (وهو) راجع إلى قوله (فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو الملقوف فى الأصل) يعنى المبسوط ، ولكنه نقله بالمعنى لا بعين لفظه ، فإن لفظ المبسوط : فأما أبو حنيفة فكان لا يحيز ذلك ، ثم قال : فراه أنه لا يجعله لازما ، فأما أصل الجواز فثبت عنده كالعارية تصرف بالمنفعة إلى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف فله أن يرجع ، ويجوز بيعه ويورث عنه ، ولا يلزم إلا بطريقين : قضاء القاضى بلزومه لكونه مجتهدا فيه ، وإخراجه مخرج الوصية بأن يقول : أوصيت بغلة دارى ، فحينئذ يلزم . وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى ، فيزول

منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث . واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل . لهما « قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمغ : تصدق بأصلها لا يباع ولا

تعود منفعته إلى العباد ، ولا يخفى أنه لا حاجة إلى سوى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لأن ملك الله في الأشياء لم يزل قط ولا يزال . فالعبارة الجيدة قول قاضيخان ، إلا أن عند أبي يوسف ومحمد إذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا إلى مالك فيلزم ولا يملك . وهذا هو الأصح عند الشافعي وأحمد . وقال بعضهم : وللشافعي قول وهو رواية عن أحمد ينتقل إلى ملك الموقوف عليه إن كان أهلا للملك لا تمتنع السائبة . وعند مالك : هو يحبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب . وذكر بعض الشافعية أن هذا قول آخر للشافعي وأحمد ، لأنه صلى الله عليه وسلم قال «حبس الأصل وسبيل الثمرة» اهـ ، وهذا أحسن الأقوال فإن خلاف الأصل والقياس ثابت في كل من القولين وهو خروج وجه لا إلى مالك وثبوت ملكه أو ملك غيره فيه . مع منعه من بيعه وهبته ، وكل منهما له نظير في الشرع ؛ فمن الأول المسجد وغيره ، ومن الثاني أم الولد يكون الملك فيها باقيا ولا تباع ولا توهب ولا تورث ، وكذا المدبر المطلق عندنا فكل منهما يمكن أن يقع بالدليل . ولا شك أن ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه ، فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق الزيل ولم يتحقق ، فإن الذي في الحديث في بعض الروايات « تصدق بأصله » مع أنه ليس على ظاهره . وإلا لخرج إلى مالك آخر . ثم رأينا غيره بينه بقوله «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها» أي بالثمرة أو الغلة ، وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص دليل يوجب الخروج عن الملك . وكذا المعنى الذي استدلل به المصنف وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف يفيد لزومه لا غير . والحاصل أنه ثبت قوله صلى الله عليه وسلم لعمر «تصدق» وقوله «حبس» والمنهومان مختلفان : لأن معنى تصدق بأصلها ملكه الفقير لله سبحانه . ومعنى حبس حبسه : أى على ما كان . ولا يمكن أن يراد بهما إلا معنى أحدهما ، وإلا كان صلى الله عليه وسلم محببا لعمر رضى الله عنه في حادثة واحدة بأمرين متنافيين . فإما أن يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه إذ لا يقول واحد من الثلاثة بملك الفقير للعين فوجب أن يحمل تصدق على معنى حبس وهو قول أبي حنيفة رحمه الله فيحبس على الملك شرعا ، وإذا حبس عليه شرعا امتنع بيعه . وصورة حكم الحاكم الذي به يزول الملك عنده أن يسلمه إلى متول ، ثم يظهر الرجوع فيخاصمه إلى القاضى فيقضى القاضى بلزومه ، قالوا : فإن خاف الواقف أن يبيعه قاض قبل أن يحكم به يكتب في صك الوقف : فإن أبطله أو غيره قاض فهذه الأرض بأصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويتصدق بشمها ، لأنه إذا كتب هذا لا يخاصم أحد في إبطاله لعدم الفائدة له في ذلك ، والوصية تحتمل التعليق بالشرط ، وإذا أبطله قاض يصير وصية يعتبر من جميع ماله ، كذا في فتاوى قاضيخان . وينبغي أن يكون هذا إذا وقف في صحته ، أما إذا كان وقف في مرضه فينبغي أن يعتبر من الثالث : وعلى هذا التقدير فقد يكون في نقضه وبيعه فائدة للورثة ، فحمل ما ذكر إذا لم يكن وقف في المرض ، أو كان فيه لكنه يخرج من الثالث (قوله واللفظ ينتظمهما) أى لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال

ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود المنفعة إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث (قوله واللفظ) أى لفظ الوقف (ينتظمهما) : أى يتناول ما قاله أبو حنيفة هو حبس العين على ملك الواقف ، وما قالاه وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى انتظاما واحدا . من غير ترجيح ، فلا بد من دليل مرجح . ثم ابتدأ ببيان دليلهما بقوله لهما

يورث ولا يوهب» ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه ليصل ثوابه إليه على الدوام . وقد أمكن دفع حاجته

الملك وعلمه . إذ ليس من مقتضيات لفظ وقفت دارى أو حبستها خروجها عن الملك فيصدق مع كل منهما . فالترجيح : أى ترجيح الخروج وعلمه بالدليل . ولا يخفى أن الأدلة المذكورة من قبلهما إنما تفيد لزوم لا الخروج عن الملك . ومن قبله تفيد نفي كل منهما فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب . ثم ابتداء بدليلهما فذكر حديث ثمغ وهو الثاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة . وذكر الشيخ حافظ الدين أنه بلا تنوين للعلمية والتأنيث . وفى غاية البيان أنها فى كتب غرائب الحديث المصححة عند الثقات منونا وغير منون كما فى دعد . قال محمد بن الحسن فى الأصل : أخبرنا صخر بن جويرية عن مولى عبد الله بن عمر « أن عمر بن الخطاب كانت له أرض تدعى ثمغ . وقال : كان نخلنا نفيسا . قال : فقال يارسول الله إني استفدت مالا هو عندى نفيس أفأصدق به ؟ قال : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته ، قال : فتصدق به عمر فى سبيل الله وفى الرقاب والضييف والمساكين ولابن السبيل ولذى القربى لا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقا غير متمول فيه » وحديث عمر هذا فى الصحيحين وباقى الكتب الستة عن ابن عمر قال « أصاب عمر أرضا بخير ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أصبت أرضا لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرنى به ؟ قال : إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها ، فتصدق بها عمر لا يباع أصلها ولا يورث ولا يوهب فى الفقراء والقربى والرقاب وفى سبيل الله والضييف » الحديث . وفى بعض طرق البخارى فقال عليه الصلاة والسلام : « تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته » ثم استدل بالمعنى وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف لحاجته إلى أن يصل ثوابه إليه على الدوام ، وقد أشار الشرع إلى أعمال ما يدفع هذه الحاجة فيما روى الترمذى بسنده إلى أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية . وعلم ينتفع به . وولد صالح يدعو له » ولا طريق إلى تحقق دفع هذه الحاجة وإثبات هذه الصدقة الجارية إلا لزومه . وتقرير المصنف بأنه تحقق حاجة استمرار وصول ثوابه ، ويمكن بإسقاط ملكه فيسقط ظاهر المنع إذ لم يتعين لذلك سقوط الملك طريقا بل يتحقق بالحكم بلزومه فلم يلزم زوال الملك من هذا المعنى فلا يقدر فيما رجحناه من الأقوال فيما مضى ، ثم على تقريرنا يحصل مطلوبهما لأنه إذا تمت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بموافقتنا لهما على ذلك لاعتقاد الأئمة الثلاثة رحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه . وقوله كالمسجد نظير ماخرج عن الملك بالإجماع لا إلى مالك ، وكذا

قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه . روى صخر بن جويرية عن نافع « أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كانت له أرض تدعى ثمغ وكانت نخلنا نفيسا . فقال عمر : يارسول الله إني استفدت مالا هو عندى نفيس أفأصدق به ؟ قال : تصدق بأصله . لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، ولكن لينفق من ثمرته . فتصدق به عمر رضى الله عنه فى سبيل الله وفى الرقاب والضييف والمساكين وابن السبيل ولذى القربى منه » ولا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقا له غير متمول عنه ، وهذه الأرض كانت سهم عمر رضى الله عنه بخير حين قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خير بين أصحابه . وثمغ لقب لها وهى بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم والغين

بالسقاط الملك وجعله الله تعالى . إذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لا حبس عن فرائض الله تعالى » وعن شريح : جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبس لأن الملك باق فيه . بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف ؛ ألا ترى أن له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيها إلا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبيهه العارية ، ولأنه يحتاج إلى التصديق بالغلة دائماً ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه ، ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه ، لا إلى مالك لأنه غير مشروع مع بقائه كالسائبة . بخلاف الإعتاق لأنه إتلاف .

الإعتاق ، وسيجيب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف (قوله وله) أى لأبي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم « لا حبس عن فرائض الله » أسند الطحاوى في شرح معاني الآثار إلى عكرمة عن ابن عباس قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما أنزلت سورة النساء وأنزل فيها الفرائض نهى عن الحبس . وروى هذا الحديث الدارقطني ، وفيه عبد الله بن لمبة عن أخيه وضعفوهما . ورواه ابن أبي شبة موقوفاً على علي : حدثنا هشيم عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال : قال علي رضي الله عنه : لا حبس عن فرائض الله إلا ما كان من سلاح أو كراع . وينبغي أن يكون لهذا الموقف حكم المرفوع لأنه بعد أن علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال إلا سماعاً وإلا فلا يحل ، والشعبي أدرك علياً وروايته عنه في البخاري ثابتة . وأما حديث شريح فرواه ابن أبي شبة في البيوع : حدثنا وكيع وابن أبي زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح قال : « جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبس » . وأخرجه البيهقي وشريح من كبار التابعين ، وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتاج به من يحتاج بالمرسل (قوله ولأن الملك الخ) ظاهر مصادرة لجعله الدعوى جزء الدليل : والأولى أنه إنما ذكره ليصل الدليل بالدعوى ، وتقريره أن حقوق العباد لم تقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف ، وتعلق حقوق العباد بالعين إثر ثبوت ملكهم فيها على ماهو الأصل ، فإما أن يكون ذلك الملك لغير الواقف أوله : واتفقنا على أنه لا يكون ملكاً لغيره من العباد فوجب أن يكون ملكاً للواقف ، وكذا الاستيضاح بنصب القوام وصرف غلاته بحسب الأصل يكون عن ملكه للعين إلا أن يوجب موجب لا مرد له خروجه عن

المعجزة . وقوله (إذ له نظير في الشرع وهو المسجد) لبيان نفي استبعاد أن تخرج من ملك الواقف ولا تدخل في ملك غيره ، فإن اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق وهو إخراج تلك البقعة عن ملكه من غير أن تدخل في ملك أحد ولكنها تصير محبوسة لنوع قرينة قصدها فكل ذلك في الوقف . ولأبي حنيفة قوله (عليه الصلاة والسلام » لا حبس عن فرائض الله ») أى لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته ، لكنهم يحملون هذا الأثر على ما كان عليه أهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامى ، ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ، ولكننا نقول : النكرة في موضع النبي تعم فتتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث إلا ما قام عليه دليل . وقوله (جاء محمد ببيع الحبس) يدل على أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وأن شريعتنا ناسخة لذلك . وقوله (كالسائبة) هي الناقة التي تسيب لنذر ، وكان الرجل يقول : إذا قدمت من سفرى أو برئت من مرضى فناقى سائبة . ومعناه أن الوقف بمنزلة تسيب أهل الجاهلية من حيث أن العين لا تخرج من أن تكون مملوكة له منتفعا بها ، فإنه لو سيب دابته لم تخرج عن ملكه ، فكذلك إذا وقف أرضه أو داره . وقوله (بخلاف الإعتاق) جواب عما يقال لو كان إزالة الملك لا إلى مالك غير مشروع لما جاز العتق فإنه إزالة الملك الثابت في العبد من غير تملك لأحد .

(قال المصنف والملك فيه للواقف ؛ ألا يرى أن له ولاية التصرف) أقول : ومعنى الملك على ما سيجىء من الشراح في أول البيوع هو القدرة على التصرف شرعاً في المحل (قوله إلا ما قام عليه دليل) أقول : كالوصية .

وبخلاف المسجد لأنه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به، وهنالم ينقطع حق العبد عنه فلم يصير خالصا لله تعالى : قال رضى الله عنه : قال فى الكتاب : لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته . وهذا فى حكم الحاكم صحيح لأنه قضاء فى مجتهد فيه ، أما فى تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم ، والمراد بالحاكم المولى ، فأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ .

ملكه ، وأن تصرفه بولاية غير الملك ولم يثبت ذلك ثم شرع فى الفرق . وخصاله أن المسجد جعل لله تعالى على الخلوص محررا عن أن يملك العباد فيه شيئا غير العبادة فيه ، وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق أجمعين أصله الكعبة ، والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع العباد بعينه زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالملوكات . وما كان كذلك ليس كالمسجد فيالحق بالكعبة كما ألحق المسجد بها . وأيضا قضية كون الحاصل منه صدقة دائمة عن الواقف أن يكون ملكه باقيا إذ لا تصدق بلا ملك فاقضى قيام الملك فأما الإعتاق فإتلاف للمملوك بالكلية وليس الوقف كذلك : وجواب شمس الأئمة أن الأدنى خلق مالكا غير مملوك ، وإنما عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يغود إلى ما كان ، بخلاف ما سواه لأنها خلقت لتملك فبالوقف لا تعود إلى أصل هو علم المملوكية بل إلى الحس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ، ويؤيد ما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه ، لكن أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه صدقة أو برآ ، وليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من أم الولد والمدير . والحق ترجع قول عامة العلماء بلزومه لأن الأحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولاً كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام « لا يباع ولا يورث » إلى آخره ، وتكرر هذا فى أحاديث كثيرة واستمر عمل الأمة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك أولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة أبى بكر وعمر وعثمان وعلى والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأسما وأختها وأم سلمة وأم حبيبة وصفية بنت حنبل وسعد بن أبى وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة بن عامر وأبى أروى الدوسى وعبد الله بن الزبير ، كل هؤلاء من الصحابة ، ثم التابعين بعدهم كلها بروايات ، وتوارث الناس أجمعون ذلك فلا تعارض بمثل الحديث الذى ذكره على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان فى الجاهلية من الحامى ونحوه . وبالجملة فلا يبعد أن يكون إجماع الصحابة العملى ومن بعدهم متوارثا على خلاف قوله فلذا ترجع خلافه ، وذكر بعض المشايخ أن الفتوى على قولهما (قوله وأما تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم) وإن لم يخرج عن ملكه لأنه بمنزلة إذ لا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من إبطال

وقوله (وبخلاف المسجد) جواب عن قياسهم الوقف على المسجد : وقوله (قال فى الكتاب) يعنى مختصر القدورى : لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته . صورة الحكم أن يسلم الواقف ما وقفه إلى المتولى ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعد اللزوم فيختصمان إلى القاضى فيقضى بلزومه : وقوله (فالصحيح أنه لا يزول ملكه) يعنى أن المشايخ اختلفوا على قول أبى حنيفة ؛ فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لأنه وقت خروج الأملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على أن مراده الخروج من الملك . وقيل لا يزول وهو الصحيح لأن الواقف تصدق بالغة وهو لا يستدعى زوال أصل الملك : ولأنه تصدق بالغة دائما ، ولا يمكن التصديق بها هكذا إلا إذا بقى أصل الموقوف على ملكه ، إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه . والمراد بالحاكم المولى : أى الذى ولاه الخليفة عمل القضاء . وأما المحكم وهو الذى يفوض إليه الحكم فى حادثة معينة باتفاق المتخاصمين ففيه

ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي: هو بمنزلة الوصية بعد الموت. والصحيح أنه لا يلزمه عند أبي حنيفة، وعندهما يلزمه إلا أنه يعتبر من الثالث والوقف في الصحة من جميع المال. وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الإعتاق لأنه إسقاط الملك. وعند محمد لا بد من التسليم إلى المتولى

الوصية. وعلى هذا فله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا. وإنما يلزم بعد موته. وإنما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشرط. ولذا لو قال إذا مات من مرضي هذا فقد وقفت أرضي إلى آخره فمات لم تصر وقفا وله أن يبيعها قبل الموت. بخلاف ما لو قال إذا مات فجعلاها وقفا فإنه يجوز لأنه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه، وهذا لأن الوقف بمنزلة تملك الحبة من الموقوف عليه. والتعليكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر. ونص محمد رحمه الله في السير الكبير أن الوقف إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باطلا أيضا عند أبي حنيفة. وعلى ما عرفت بأن صحته إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باعتباره وصية. قالوا: لو قال داري هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتي صح. وله الرجوع لأن الوقف بعد الموت وصية والوصية يصح الرجوع عنها. أما لو قال إن قدم ولدي فعلى أن أقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذري يجب الوفاء به. فإن وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفع زكاته إليهم جاز في الحكم ونذره باق. وإن وقفه على غيرهم سقط لأن غيرهم ليس بمنزلة نفسه، وتعيين المعطى له النذر لغو فصار الثابت النذر بالوقف فجاز على كل من لبس كنفه. فإن قلت: ينبغي أن لا يصح النذر بالوقف لأنه ليس من جنسه واجب. قلت: بل من جنسه واجب. فإنه يجب أن يتخذ الإمام للمساكين مسجدا من بيت المال أو من مالهم إن لم يكن لهم بيت مال. ولو قال: إن شئت ثم قال شئت كان باطلا للتعليق. أما لو قال شئت وجعلتها صدقة صح بهذا الكلام المتصل، بخلاف ما لو قال إن كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة: فظهر أنها كانت في ملكه وقت التكلم فإنها تصير وقفا لأنه تعليق على أمر كائن. والتعليق على أمر كائن تنجيز. والمراد بالحاكم: يعني في قوله أو يحكم به الحاكم القاضي. وأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ، والصحيح أنه لا يرفع الخلاف للقاضي أن يبطل الوقف بعد حكمه (قوله ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي: هو كالوصية بعد الموت) حتى يلزم بعد الموت لأن تصرفات المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف إلى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله. والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة إلا أن يحكم به فله يبيعه ويورث عنه إذا مات قبل الحكم إلا أن تجيز الورثة. وعندهما يلزم إلا أنه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في الصحة. وفي فتاوى قاضيخان: مريض وقف وعليه ديون تحيط بماله يباع وينقض الوقف، كما لو وقف دارا ثم جاء الشفيع كان له أن يأخذها بالشفعة وينقض الوقف انتهى من غير تقييد بكون ذلك قبل الحكم، وهذا بخلاف ماله وقف المديون الصحيح وعليه ديون تحيط بماله: فإن وقفه لازم لا ينقضه أرباب الديون إذا كان قبل الحجر بالاتفاق لأنه لم يتعلق حقهم بالعين في حال صحته (قوله وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو) قول الأئمة الثلاثة وقول أكثر أهل العلم

اختلاف المشايخ. قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى: وأما حكم المحكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدين فالأصح أنه ينفذ ولكن لا يفتى به (قوله وقال الطحاوي: هو بمنزلة الوصية بعد الموت) يعني يلزم الوقف حينئذ على قول أبي حنيفة: بخلاف الوقف في الصحة فإنه لا يلزم عنده. ثم قال الطحاوي في مختصره: وقد روى محمد عن أبي حنيفة أن ذلك لا يجوز منه في مرضه كما لا يجوز في صحته: ثم قال: وهو الصحيح على أصوله.

لأنه حتى الله تعالى، وإنما يثبت فيه في ضمن التسليم إلى العبد لأن التملك من الله تعالى وهو مالك الأشياء لا يتحقق مقصودا ، وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فيزول منزلة الزكاة والصدقة .

لأنه إسقاط الملك كالعق ، وعند محمد لا بد لزواله من التسليم إلى المتولى لأن للواقف أن يجعله لله فيصير حقا له ، وحقه إنما يثبت مسلما في ضمن التسليم للعبد ، وهذا لأن الوقف تملك لله تعالى (والتمليك منه وهو مالك لجميع الأشياء لا يتحقق مقصودا وقد يتحقق تبعا لغيره فيأخذ حكمه فيزول منزلة الزكاة والصدقة) المنجزة . ولا يخفى أن التملك لله تعالى لا يتحقق لامقصودا ولا تبعا لأنه تحصيل الحاصل المستمر . ثم لا موجب لاعتباره حتى يحتاج إلى تكلف توجيهه لأن غاية ما يوجب الدليل إما خروج الملك عند الوقف لا إلى أحد ، وتوجه الخطاب بصرف غلته إلى من وقف عليه أو توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك ، فإذا فعل خرج من عهدة الواجب كما هو في سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر . نعم يمكن أن يلاحظ التسليم إلى المستحق تسليما إليه تعالى كأنه تعالى جعله نائبا في قبض حقه وذلك بقبض المستحق لا المتولى كالزكاة . ويمكن أن لا يلاحظ شيء من ذلك بل المقصود ليس إلا فعل ما وجب بالوقف ، فلذا كان قول أبي يوسف أوجه عند المحققين . وفي المنة : الفتوى على قول أبي يوسف وهذا قول مشايخ بلخ . وأما البخاريون : فأخذوا بقول محمد رحمه الله كما تقدم . وفي المبسوط : وكان القاضي أبو عاصم يقول قول أبي يوسف من حيث المعنى أقوى . إلا أنه قال : وقول محمد أقرب إلى موافقة الآثار : يعني ما زوى أن عمر جعل وقفه في يد حفصة ، وغير ذلك . ورده في المبسوط بأنه لا يلزم كونه فعلا ليم الوقف بل أشغله وخوف التقصير في أمره ، وكذا جميع من ينصب المتولين لا يخطر له غير تفرغ نفسه من أمره . وأما قول محمد رحمه الله : لو تم قبل التسليم إلى المتولى صارت يد الواقف مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سببا للاستحقاق على المتبرع ، فجوابه منع ذلك بأن التبرع بالسبب الموجب لخروج ما في يده يوجب عليه استحقاق يده كعق العبد الكائن في يد سيده المعتق له ، والناذر بالعين الكائنة في يده هي وقيمتها يوجب عليه إخراج أحدهما من يده ، وهذه أمور شرعية لا عقلية . ومما بنى على هذا الخلاف ما ذكر من أن الواقف إذا شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولأولاده وأخرجه من يده وسلمه إلى متول فهذا جائز نص عليه في السير الكبير ، لأن هذا شرط لا يخل بشروط الوقف ولو لم يشترط ذلك لنفسه وأخرجه من يده إلى قيم قال محمد : لا ولاية له والولاية للقيم ، وكذا لومات وله وصى فلا ولاية لوصيه والولاية للقيم ، ولو أراد الواقف أن يعزل القيم ويرده لنفسه أو يولى غيره ليس له ذلك . وقال أبو يوسف : الولاية للواقف ، وله أن يعزل القيم في حياته ويولى غيره أو يرد النظر إلى نفسه ، وإذا مات الواقف بطل ولاية القيم لأنه بمنزلة الوكيل عنده ، وهذا الخلاف بناء على أن عند محمد لا يصح الوقف إلا بالتسليم إلى القيم فلا يكون للواقف ولاية . وعند أبي يوسف بدون التسليم إلى القيم يتم الوقف ، فإذا سلم إلى قيم كان وكيله ، وله أن يعزله وينعزل بموته إلا إذا جعله قيا في حياته وبعد موته ، وكذا يبنى عليه ما لو قال هذه الشجرة للممجد

وقال المصنف : والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة لأن المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الإرث كالعارية ، وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال (قوله وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه) أي يثبت التملك من الله تعالى ضمنا للتمليك من غير الله تعالى ، وإن كان لا يثبت التملك من الله تعالى قصدا فيأخذ التملك من الله تعالى حكم التملك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض (قوله فيزول منزلة الزكاة والصدقة) يعني ينزل التملك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم إلى العبد منزلة تملك المال من الله

قال (وإذا صحح الوقف على اختلافهم) وفي بعض النسخ : وإذا استحق مكان قوله إذا صحح (خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملكه الموقوف عليه) لأنه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ، ولأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الأول كسائر أملاكه . قال رضي الله عنه : قوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره . قال (ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف)

لأنه نصير للمسجد حتى يسلمها إلى قيم المسجد (قوله وإذا صحح الوقف خرج عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) وهذا مذهب عامة علماء الأمصار إلا في قول عن الشافعي وأحمد أنه يدخل في ملك الموقوف عليه إذا كان أهلا للملك إلا أنه لا يباع ولا يتملك ، والمختار الأول لأنه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذي هو الواقف لأنه لا ملك له فيه لكنه ينتقل للإجماع على صحة قوله ثم من بعد فلان على كذا . ثم قال المصنف : وقوله أي القدوري (خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما) لأن الصحة غير الزوم وهو لم يقل إذا لزم خرج عن ملك الواقف ليكون على قول الكل بل قال : إذا صحح وصحة العقد لا تستلزم الزوم بل تختلف باختلاف أحكام العقود فقد يكون عقد حكمه الزوم كالبيع والإجارة وقد يكون حكمه غير الزوم كالعارية والظاهر أنه تجوز بالصحة عن الزوم (قوله وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) وعند محمد لا يجوز ، والخلاف مبني على

تعالى في الزكاة حيث يتحقق التمليك منه في ضمن التسليم إلى الفقير . قال (وإذا صحح الوقف على اختلافهم) أي إذا صحح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من حيث أنه يصحح عندهما ولا يصحح عند أبي حنيفة على ما هو المملووظ في الأصل ، والأصحح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف : يعني على قول أبي يوسف ومحمد ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لأنه لو دخل في ملكه جاز له إخراجه من ملكه كسائر أملاكه ، ولما انتقل إلى من بعده ممن شرطه الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق . وقوله (يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره) اعترض عليه بأنه ذكر قبل هذا لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم ، وهذا الاستثناء إنما يحتاج إليه على قول أبي حنيفة في حق زوال الوقف عن ملك الواقف ، وأما على قولهما فإن الملك يزول بدون حكم الحاكم ، ثم الدليل الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك لأن الخروج يقتضي أن لا يصح شرطه في صرف الغلة كما إذا أعتق عبده بشرط أن يصرف غلته إلى كذا أو جعل أرضه مسجدا بشرط أن يصلى فيه فلان دون فلان ، فإن التصرف في غير ملكه غير صحيح . والجواب عن الأول إنما ذكره في الكتاب هاهنا إنما هو في الصحة ، وما ذكره قبل هذا إنما هو في الزوم ، والصحة لا تستلزم الزوم فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف إذا صحح الوقف قولهما لا قول أبي حنيفة ، إلا إذا حكم به الحاكم فإنه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل . سلمنا أن الصحة هاهنا بمعنى الزوم ولكن لا يلزم من الزوم الخروج عن ملك الواقف عند أبي حنيفة لأن الوقف عنده معروف بحبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ، وذلك يمنع عن الخروج لا محالة .

(قال المصنف : وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره) أقول : يجوز أن يكون المراد بالصحة الصحة المستقرة بقرينة الإطلاق ، فإن ما هو على شرف الزوال كأنه ليس بموجود ، وبقرينة النسخة الأخرى فإن الاستحقاق بعد الصحة المستقرة فيكون ذلك قول أبي حنيفة أيضا فليتأمل (قوله سلمنا أن الصحة هاهنا بمعنى الزوم) أقول : فيه تأمل ، إذ حينئذ يشكل أمر

لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمتع . وقال محمد : لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به ، وهذا فيما يحتمل القسمة ، وأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد أيضا لأنه يعتبر بالهبة والصدقة المنفذة إلا في المسجد والمقبرة ، فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة أيضا عند أبي يوسف ، لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ، ولأن المهاياة فيهما في غاية القبح بأن يقبر فيه المولى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ لإصطبل في وقت ، بخلاف الوقف لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة .

الخلاف في اشتراط تسليم الوقف ، فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع (لأن القسمة من تمام القبض) ولا بد من القبض فوجب . وعند أبي يوسف لا يشترط قبض المتولى فلا يشترط ما هو من تمامه ، فن أخذ بقول أبي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ بلخ أخذ بقوله في هذه ، ومن أخذ بقول محمد في تلك وهم مشايخ بخارى أخذ بقوله في وقف المشاع . وأما إلحاق محمد رحمه الله بالهبة والصدقة (المنفذة) أى المنجزة في الحال فإنها لا تكون مشاعا ، فكذا الصدقة المستمرة ؛ ففرق أبو يوسف بأن اشتراط القبض في تملك لما فيهما من التملك للغير ، وأما الوقف فليس فيه تملك من الغير حتى يشترط قبضه ، وإنما هو إسقاط الملك بلا تملك فلا يرد العتق والطلاق فلا موجب لاشتراط القسمة فيه . والحاصل أن المشاع إما أن يحتمل القسمة أو لا يحتملها ، ففيما يحتملها أجاز أبو يوسف وقفه إلا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ، ومنعه محمد رحمه الله مطلقا ، وفيما لا يحتملها اتفقوا على إجازة وقفه إلا المسجد والمقبرة ، فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا : أى سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها . والخلاف مبنى على اشتراط القبض والتسليم وعلمه ، فلما لم يشترطه أبو يوسف أجاز وقفه ، ولما شرطه محمد منعه لأن الشيوع وإن لم يمنع من التسليم والقبض ؛ ألا ترى أن الشائع كان مقبوضا لما لكه قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رحمه الله تعالى عند إمكان تمام القبض ، وذلك فيما يحتمل القسمة فإنه يمكن أن يقسم أو لا ثم يقفه ، وإنما أسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الإمكان وذلك فيما لا يحتملها ، لأنه لو قسم قبل الوقف فأتى الانتفاع كالبیت الصغير والحمام فاكتفى بتحقيق التسليم في الجملة ، وإنما

وعن الثاني بأن خروج الملك إلى الله تعالى قرينة لا يمنع التصرف فيه ممن خرج عنه ؛ ألا ترى أن القربات نصير بالإراقة إلى الله تعالى ، ثم إن صاحبه يتصرف فيه بالأكل والإطعام والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فجاز أن يكون أمر الواقف كذلك ، بخلاف العبد فإنه يصير مالكا لمنافعه فلا يعمل فيه تصرف غيره ، وأما المسجد فالأصل الكعبة والمسجد الحرام فيه سواء العاكف والباد ، فعلمنا أن الله تعالى لم يول التخصيص إلى الذى جعله مسجدا ، وإنما ألحقه بالمسجد الحرام والكعبة (قوله لأن القسمة من تمام القبض) بيانه أن القبض للحيازة والحيازة فيما يقسم إنما هى بالقسمة (قوله ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لا خلاف بينهما أن القسمة فيما يقسم من تمام القبض ، وإنما الخلاف بينهما في أن أصل القبض شرط أو لا عند أبي يوسف ليس بشرط فكذا تمامه ، وعند محمد شرط فكذا تمامه ، وأما فيما لا يقسم فمحمد أيضا يجوز ويعتبره كالهبة والصدقة المنفذة : أى الصدقة الخاصة المسماة إلى الفقير وهو احتراز عن الصدقة الموقوفة وهى فيما نحن فيه (قوله إلا في المسجد والمقبرة) استثناء من قوله ووقف المشاع

الاستثناء بقوله إلا أن يحكم به حاكم كما لا يخفى (قوله وذلك يمنع عن الخروج لا محالة) أقول : لانسلم ذلك فإنه يجوز أن يكون المعروف هو المعنى المصدى : أعنى إحداث الوقف وإنشائه ، أو يكون المعروف هو حقيقة الوقف يدون مخالطة أمر آخر من حكم الحاكم فليأمل (قوله وعن الثاني بأن خروج الملك الخ) أقول : فيه بحث فإنهم عرفوا الملك بالقدرة على التصرف في محل شرعا ، فلو صح ما ذكره لانتقض تعريف الملك ، ويجوز أن يجب ملاحظة قوله بتولية الشرع بأن يراد بالقدرة الأصلية بالقدرة المستفادة كقدرة الركيل بالبيع ونحوه .

ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد لأن الشيوخ مقارن كما في الهبة ، بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهبه أو أوقفه في مرضه وفي المال ضيق ، لأن الشيوخ في ذلك طارئ . ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوخ ولهذا جاز في الابتداء ، وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة .

اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا ومقبرة لأن الشيوخ يمنع خلوص الحق لله تعالى ، ولأن جواز وقف المشاع فيها لا يحتمل القسمة لأنه يحتاج فيه إلى التهايو ، والتهايؤ فيه يؤدي إلى أمر مستبعد وهو أن يكون المكان مسجدا سنة وإصطبلًا للدواب سنة ومقبرة عاما ومزرعة عاما أو ميسأة عاما ، وأما النباش فليس يلزم من المهايأة بل ليس للشريك ذلك ، ثم فيما يحتمل القسمة إذا قضى القاضي بصحته وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند أبي خنيفة وبتهايون ، وعندهما يقسم ، وأجمعوا أن الكل لو كان وقفا على الأرباب وأرادوا القسمة لا يجوز ، وكذا التهايو ، وعليه فرع مالو وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو واده ونسله ما تناسلوا ، فإذا انقضوا كانت غلها للمساكين ، فإن هذا الوقف جائز على هذا الشرط ، وإذا انقضوا تكرى وتوضع غلها للمساكين وليس لأحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكرها ولو زادت على قدر حاجة سكانه ، نعم له الإعارة لاغير ، ولو كثر أولاد هذا الواقف وولد ولده ونسله حتى ضاقت عليهم الدار ليس لهم إلا سكنها تقسط على عددهم ؛ ولو كانوا ذكورا وإناثا إن كان فيها حجر ومقاصير كان للذكور أن يسكنوا نساءهم معهم والإناث أن تسكن أزواجهن معهن ، وإن لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن تقسم بينهم ولا يقع فيها مهايأة إنما سكانه لمن جعل له الواقف ذلك لاغيرهم ، ومن هذا يعرف أن لو سكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعا يكفيه لا يستوجب أجرة حصته على الساكن ، بل إن أحب أن يسكن معه في بقعة من تلك الدار بلا زوجة أو زوج إن كان لأحدهم ذلك ، وإلا ترك المتضيق وخرج أو جلسوا معا كل في بقعة إلى جنب الآخر . والأصل المذكور في الشروح والقرع في أوقاف الخصاص ولم يخالفه أحد فيما علمت . وكيف يخالف وقد نقلوا إجماعهم على الأصل المذكور ؛ ولو اقتسما : أعنى الواقف للمشاع وشريكه على القول بازوم القسمة بعد القضاء أو قبله على قول أبي يوسف فوقع نصيب الواقف في محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه أن يقفه ثانيا (قوله ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه) يعنى شائعا (بطل الوقف عند محمد رحمه الله) لأن بالاستحقاق ظهر أن الشيوخ كان مقارنا للوقف (كما في الهبة) إذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا . بخلاف مالو وهب الكل (ثم رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض) الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثلث فإنه لا يبطل الباقي لأن الشيوخ طار ، وإذا بطل الوقف في الباقي رجع إلى الواقف لو كان حيا وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته ، وليس على الواقف أن يبيع ذلك ويشترى بثمنه ما يجعله وقفا (ولو كان المستحق جزءا بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوخ) فلهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط (وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة) لو استحق منهما جزء شائع بطلت ، ولو

جائز عند أبي يوسف : فإنه لا يتم مع الشيوخ فيما لا يحتمل القسمة بأن كان الموضع صغيرا لا يصلح لما أراده الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة على تقدير القسمة . والحاصل أن جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة لا يجوز أصلا لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا ولا بعدها ، أما قبلها فإن بقاء الشركة يمنع الخلوص على ماسيجى . وأما بعدها فلا ن فرض المسئلة فيما إذا كان الوضع غير صالح لذلك لصغره فبقى أن يكون بطريق

قال : ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدا . وقال أبو يوسف : إذا سمي فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسهم . لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه يتأبد كالعتق ، فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه ، فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالنوقيت في البيع . ولأبي يوسف أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه . لأن التقرب تارة يكون في الصرف

استحق معين لا تبطل . ولو كانت الأرض بين رجلين فوقفاها على بعض الوجوه ودفعها إلى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد ، لأن المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به . ولا شيوع هنا لأن الكل صدقة ، غاية الأمر أن ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجد جملة واحدة . فهو كما لو تصدق بها رجل واحد سواء ، بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شائعا على حدة وجعل لها واليا على حدة لا يجوز لأنهما صدقتان ، فإن كلا منهما تصدق بنصيبه بعقدة على حدة ؛ ألا ترى أنه جعل لنصيبه واليا على حدة ، ومثل ذلك في الصدقة المنفذة أيضا لا يجوز ، حتى لو تصدق بنصفها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك لأن قبض كل منهما لاقى جزءا شائعا ، فكذا قبض الوالين هنا . ولو وقف كل منهما نصيبه وجعل الوالي واحدا فسلماها إليه جميعا جاز لأن تمامها بالقبض والقبض مجتمع (قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدا) كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد ، بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه (وقال أبو يوسف : إذا سمي جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسهم) هذا كلام القدوري ، وهذا كما ترى لا يناسب استدلال المصنف على أبي يوسف بقوله (إن موجب الوقف) يعني بعد التسليم إلى المتولى عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند أبي حنيفة (زوال الملك بلا تملك) وزواله يتأبد بعقود ، وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له) كما لو وقف عشرين سنة لا يصح اتفاقا لأنه إنما يلزمه لو قال يجوز انقطاعه

المهاياة ، والمهاياة فيهما في غاية القبح الخ مذكوره في الكتاب وهو ظاهر . قال (ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع) مثل أن يقول عليّ وكذا كذا : ثم على فقراء المسلمين حيثما وجدوا مثلاً . وقال أبو يوسف : إذا سمي جهة تنقطع مثل أن يقف على أولاده أو على أمهات أولاده جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسهم . لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك : يعني لا إلى مالك ، وكل ما كان زوال الملك بدون التملك فإنه يتأبد كالعتق فموجب الوقف يتأبد ، وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه أي في الوقف مقتضاه ، ولهذا كان التوقيت مبطلا له لأنه يناقض موجب كالتوقيت في البيع . قيل في كلام المصنف رحمه الله تناقض على قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه ذكر في أول كتاب الوقف أن الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف فكان موجب عدم زوال الملك عن الواقف ، ثم قال هنا : موجب زوال الملك . وأجيب بأن هذا قول محمد ورواية عن أبي حنيفة . والمذكور في أول الكتاب هو قول أبي حنيفة في رواية عنه أخرى ، فيكون عنه في المسئلة روايتان . وقيل أراد هاهنا ما إذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فحينئذ يخرج الوقف عن ملك

(قال المصنف : لهما أن موجب الوقف زوال الملك) أقول : أنت خبير بأن هذا لا يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه . وجوابه المذكور في الشروح (قوله وقيل أراد هاهنا ما إذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه إلى آخره) أقول : فيه أنه إذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فيما إذا سمي جهة تنقطع ينبغي أن يتم الوقف لمصادفة حكمه محلا مجتهدا فيه فليتأمل (قال المصنف : ولأبي يوسف رحمه الله تعالى عليه) أقول : تأخير دليل أبي يوسف يدل على أن قوله هو المختار .

إلى جهة تنقطع ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد فيصبح في الوجهين وقيل إن التأيد شرط بالإجماع ، إلا أن عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأيد لأن لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا أنه إزالة الملك بدون التمليك كالعتق ، ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم ، وهذا هو الصحيح ، وعند محمد ذكر التأيد شرط لأن هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة ، وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف إلى التأيد فلا بد من التنصيص .

وعوده إلى الواقف بعد انقطاع تلك الجهة أو إلى ورثته وهو لم يقل ذلك ، بل قال إذا انقطعت صار للفقراء . ثم نقل القدوري إنما هو على ما ذكره المصنف ثابتا عنه من التأيد حيث قال (وقيل إن التأيد شرط بالإجماع ، إلا أن أبا يوسف لا يشترط ذكر التأيد لأن لفظ الوقف والصدقة منبئ عن لما بينا أنه إزالة الملك كالعتق) وعندهما يشترط : قال المصنف (وهذا هو الصحيح . وعند محمد ذكر التأيد شرط لأن هذا صدقة بالمنفعة) إن كان وقف للسكنى (أو بالغلة) إن لم يكن ذكر السكنى (وقد يكون ذلك مؤبدا وقد يكون غير مؤبد فطلقه لا ينصرف إلى المؤبد) بعينه (فلا بد من التنصيص) عليه فكان الأولى أن يولى هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ، ثم يذكر الرواية الأخرى ويذكر دليلهما الأول . فأما الوجه الأول فإنما يناسب الرواية عن أبي يوسف بأنه بعد انقطاع الجهة يرجع إلى ملك الواقف أو ذريته . وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عند أبي يوسف ، فمنها ما في المبسوط فيما إذا تصدق على أمهات أولاده في حياته وجعل لمن السكنى بعد وفاته ، وأى امرأة تزوجت منهن أو خرجت منتقلة إلى غيره فلا حق لها في السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن ، فذلك جائز اعتبارا للسكنى بالغلة ، وهذا الشرط يصبح منه لمن في الغلة ، إلى أن قال : وإن لم يحتج من بقي منهن كان ميراثا على فرائض الله تعالى عند أبي يوسف لما بينا أنه يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأيد ، واشترط العود إلى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده ، فأما عند محمد رحمه الله التأيد شرط واشترط العود إلى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف إلا أن يجعل ذلك وصية عند موته فيجوز كالوصية لمعلوم بسكنى داره بعد موته مدة معلومة فإنه جائز أن يلزم ويعود إلى الورثة إذا سقط حق الموصى له ، ومن ذلك ما نقل للناطقي في الأجnas عن شروط محمد بن مقاتل عن أبي يوسف : إذا وقف على رجل بعينه جاز ، وإذا مات الموقوف عليه رجع الوقف إلى ورثة الواقف : قال : وعليه الفتوى . وإذا عرف عن أبي يوسف جواز عوده إلى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لأنه لا فرق أصلا ، ومنها ما ذكر في البرامكة . قال أبو يوسف : إذا انقرض

الواقف بالاتفاق وهذا أوفق . وأقول : هذا ليس بمناسب لما تقدم من قول المصنف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره . ولأبي يوسف أن المقصود من الوقف هو التقرب إلى الله تعالى ، وهو موفر عليه فيما إذا جعل على جهة تنقطع لأن التقرب إلى الله تعالى تارة في الصرف إلى جهة تنقطع وأخرى إلى جهة تتأبد فيصبح في الوجهين ، وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف إلى ملكه إن كان حيا ، وإلى ملك ورثته إن كان ميتا . ولقاتل أن يقول : هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن أبي يوسف لأنه قال وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم ، وذلك يدل على أن التأيد شرط . والجواب أن المروى عن أبي يوسف أمران : أحدهما أنه لا يشترط التأيد أصلا . والثاني أنه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان . والمصنف أشار إلى القول الأول بالتعليل ،

(قوله والجواب أن المروى الخ) أقول : هذا مما يهم في كثير من المواضع .

قال (ويجوز وقف العقار) لأن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه ،

الموقوف عليهم بصرف الوقف إلى الفقراء . قال في الأجتناس : فحصل عنه روايتان . وأما الشرط الذي تقدم وهو قوله من تزوجت أو خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصحيح ، فلو طلقها زوجها أو مات أو عادت بعد ما انتقلت لا يرجع لها ما كان لها في الوقف ، بل قد سقط لأنه قطع استحقاقها بأحد هذه الصفات فلا يعود إلا أن ينص على ذلك فيقول فإن عادت أو فارقت عاد ما كان لها (قوله ويجوز وقف العقار) وهو الأرض مبنية كانت أو غير مبنية ويدخل البناء في وقف الأرض تبعاً فيكون وقفاً معها ، وفي دخول الشجر في وقف الأرض روايتان ذكرهما في الخلاصة . وفي فتاوى قاضيخان : تدخل الأشجار والبناء في وقف الأرض كما تدخل في البيع ، ويدخل الشرب والطريق استحساناً لأن الأرض لا توقف إلا للاستغلال ، وذلك لا يكون إلا بالماء والطريق فيدخلان كما في الإجارة ، ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل أو لا كالورد والرياحين ؛ ولو قال وقفها بحقوقها وجميع ما فيها ومنها قال هلال : لا تدخل في الوقف أيضاً ، ولكن في الاستحسان يلزم التصديق بها على وجه النذر لأنه لما قال صدقة موقوفة بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصديق ، ولا تدخل الزروع كلها إلا ما كان له أصل لا يقطع في سنة . والحاصل أن كل شجر يقطع في سنة فهو للواقف ، وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف ؛ فيدخل في وقف الأرض أصول الباذنجان وقصب السكر ، ويدخل في وقف الحمام القدر وملقى سرقينه ورماده ، ولا يدخل مسيل ماء في أرض مملوكة أو طريق . وقوله (لأن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين وقفوه) قدمنا ذكر جماعة من الرجال الصحابة ونسائهم وقفوا ، وأسانيدنا مذكورة في وقف الخصاص . ومنها ما تقدم من وقف عمر رضي الله عنه أرضه ثمغ . وأخرج إبراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث : حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة : حدثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن أبيه : أن الزبير بن العوام رضي الله عنه وقف داراً له على المردودة من بناته . قال : والمردودة هي المطلقة والفاقة التي مات زوجها . وفي البخاري : « وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضاً وجعلها لابن السبيل صدقة » . وأخرج الحاكم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الأرقم المخزومي أنه كان يقول : أنا ابن سبع الإسلام أسلم أبي سبع سبعة . وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الإسلام ، وفيها دعا الناس إلى الإسلام فأسلم فيها خلق كثير منهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه فسميت دار الإسلام ، وتصدق بها الأرقم على ولده . وذكر أن نسخة صدقته : بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الأرقم ، إلى أن قال : لا تباع ولا تورث . وفي الخلافات للبيهقي : قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الجميدي : تصدق أبو بكر رضي الله عنه بداره بمكة على ولده فهى إلى اليوم ، وتصدق عمر بربعه ، وتصدق سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه بداره بالمدينة وبلداره بمصر على ولده فذلك إلى اليوم ، وعثمان رضي الله عنه برومة فهى إلى اليوم ، وعمر بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك إلى اليوم . قال : وما لا يحضرني كثير ، وهذا كله مما يستدل به على أبي حنيفة في عدم إجازته الوقف .

[فرع] إذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وإن لم تحدد استغناء لشهرتها عن تحديدها .

[فرع آخر] وقف عقاراً على مسجد أو مدرسة هياً مكاناً لبنائها قبل أن يبنيتها تختلف المتأخرون والصحيح

وإلى الثاني بذكر المذهب : واستدل عليه بقوله : وقيل إن التأيد شرط بالإجماع الخ ، وفي كلامه تعقيد لأعماله .

(ولا يجوز وقف ما يتقل ويحول) قال رضي الله عنه : وهذا على الإرسال قول أبي حنيفة (وقال أبو يوسف : إذا وقف ضيعة يبيعها وأكرتها وهم عبيده جاز) وكذا سائر آلات الحراسة لأنه تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود وقد ثبت من الحكم تبعاً ما لا يثبت مقصوداً كالشرب في البيع والبناء في الوقف ، ومحمد معه فيه ، لأنه لما جاز لإفراد بعض المنقول بالوقف عنده فلأن يجوز الوقف فيه تبعاً أولى . (وقال محمد : يجوز حبس الكراع والسلاح) ومعناه وقفه في سبيل الله . وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا ، وهو استحسان ، والقياس أن لا يجوز لما بيناه من قبل : وجه الاستحسان : الآثار المشهورة فيه : منها قوله عليه الصلاة والسلام « وأما خالد فقد حبس

الجواز وتصرف غلبته إلى الفقراء إلى أن ثبت . فإذا بنيت ردت إليها الغلة أخذاً من الوقف على أولاد فلان ولا أولاد له حكموا بصحته وتصرف غلبته للفقراء إلى أن يولد لفلان (قوله ولا يجوز وقف ما يتقل ويحول) كلما قال القدوري . قال المصنف رحمه الله (وهذا على الإرسال) أى على الإطلاق (قول أبي حنيفة رحمه الله) ثم قال القدوري (وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة يبيعها وأكرتها وهم عبيده جاز) والأكثر الحرثون (وكذا آلات الحرث) إذا كانت تبعاً للأرض يجوز (لأنها تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود) منها (وقد ثبت من الحكم تبعاً ما لا يثبت مقصوداً كبيع الشرب) والطريق لا يجوز مقصوداً ويجوز تبعاً ، وهذا كثير مستغن عن العذر . ولو مرض بعضهم فتعطل عن العمل إن كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف وصرح بها فنهى في مال الوقف وإلا فلا نفقة لهم ، وإن لم يصرح به في مال الوقف فللقيم أن يبيع من عجز ويشتري بثمانه آخر يعمل كما لو قتل فأخذ ديتة عليه أن يشتري بها آخر . ولو جنى أحدهم جناية فعلى القيم أن ينظر . فإن كان الأصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه أو فداءه فداءه من مال الوقف ، وإذا فداءه بفدية تزيد على أرش الجناية فهو متطوع بالزيادة . وليس لأهل الوقف من الدفع والقضاء شيء ، فإن فدوه كانوا متطوعين (ومحمد مع أبي يوسف فيه) يعنى فلا معنى لإفراد أبي يوسف (لأنه لما جاز لإفراد بعض المنقولات بالوقف عنده) أى عند محمد رحمه الله ، فتجوز تبعاً للعقار أولى فضمير لأنه للشأن ، أما لو وقف ضيعة فيها بقر وعبيد له ولم يذكرهم فإنه لا يدخل شيء من الآلات والبقر والعبيد في الوقف . قال المصنف (وقال محمد : يجوز حبس الكراع) وهو الخيل والسلاح ، ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه) أيضاً في ذلك (على ما قالوا ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يجوز لما بيناه من قبل) من شرط التأييد والمنقول لا يتأيد (وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه) أى في الكراع والسلاح . منها قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين عن أبي هريرة « بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب على الصدقات فتح ابن جميل

وقوله (وهذا على الإرسال) أى ما ذكره القدوري من قوله (ولا يجوز وقف ما يتقل ويحول) على الإطلاق مقصوداً أو تبعاً ، كراعاً أو غيره ، تعاملوا فيه أولاً . قول أبي حنيفة : والأكثر جمع أكار وهو الذراع كأنها جمع أكر تقديرها . وقوله (والبناء في الوقف) أى في وقف الأرض التي عليها ذلك البناء كوقف الخانات والرباطات . وقوله (لأنه لما جاز لإفراد بعض المنقول) يعنى من غير أن يجعل تبعاً لشيء كما في المتعارف مثل القاسم والقدم والمزاجل (عنده) أى عند محمد (فلأن يجوز الوقف) أى وقف المنقول (تبعاً أولى) والمراد بالكراع هنا هو الخيل لمناسبة ذكر السلاح . وقوله (لما بيناه من قبل) يعنى ما مر أن من شرطه التأييد ، والتأييد لا يتحقق في المنقول

(قال المصنف : والبناء في الوقف) أقول : فيه نوع مصادرة لأن البناء ما يتقل تأمل في جوابه فإن تبعية البناء أقوى (قال المصنف : فلا يجوز الوقف فيه تبعاً أولى) أقول : هذا فيما فيه تعامل مسلم ، وأما مطلقاً فلا تدبر (قوله يعنى ما مر أن من شرطه التأييد والتأييد لا يتحقق في المنقول) أقول : وفيه تأمل : كتب وجهه في الجواب عن دليل الشافعي على ما يحى .

أدراعا وأفراسا له في سبيل الله تعالى وطلحة حبس دروعه في سبيل الله تعالى « ويروى أكراعه . والكراع : الحبل .
ويدخل في حكمه الإبل لأن العرب يجاهدون عليها ، وكذا السلاح يحمل عليها . وعن محمد أنه يجوز وقف مافيه
تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدم والنشار والخنزارة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف . وعند
أبي يوسف لا يجوز لأن القياس إنما يترك بالنص ، والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه .

وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما ينقم ابن جميل إلا أن كان فقيرا فأغناه الله .
وأما بخالد فإنكم تظلمون خالدا وقد احتبس أدراعه وأعتده في سبيل الله . وأما العباس عم رسول الله صلى الله
عليه وسلم فهي على ومثلها ، ثم قال : أما شعرت أن عم الرجل صبنو أبيه « وأما ماذكر المصنف من أن طلحة
حبس دروعه ، وفي رواية أدراعه وأعتده فلم يعرف ، وكذا لم يعرف جمعه على أكراعه لأن فعلا لا يجمع على أفعال
بل على أفعل كعقاب وأعقب ، وإنما ذكر له في الصحاح صيغتي جمع ، قال : فالجمع أكرع ثم أكارع ، إلا أن الطبراني
أخرج عن ابن المبارك : حدثنا حماد بن زيد عن عبد الله بن المختار عن عاصم بن بهدلة عن أبي وائل قال : لما
حضرت خالد بن الوليد الوفاة قال : لقد طلبت القتل فلم يقدر لي إلا أن أموت على فراشي ، وما من عمل أرجى
عندي من « لا إله إلا الله » وأنا متترس ، ثم قال : إذا أنا مت فانظروا سلاحي وفرسي فأجعلوه عدة في سبيل الله .
وذكر هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير ، وقال فيه : ما من عمل أرجى عندي بعد لا إله إلا الله من
ليلة بها وأنا متترس والسماء تهلني ننظر الصبح حتى تغير على الكفار : وإذا عرف هذا فالإبل تدخل في حكمه
بالدلالة لأن العرب يغزون عليها ، مع أنه روي « أن أم معقل جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول
الله إن أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله ولني أريد الحج أفأركبه ؟ فقال صلى الله عليه وسلم : أركبه فإن الحج
والعبرة من سبيل الله » والحاصل أن وقف المنقول تبعاً للعقار يجوز . وأما وقفه مقصودا ، إن كان كراعا أو سلاحا
جواز ، وفيما سوى ذلك إن كان مما لم يحجر التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا .
وإن كان متعارفا كالجنازة والفأس والقدم وثياب الجنازة وما يحتاج إليه من الأواني والقدور في غسل الموتى
والمصاحف ، قال أبو يوسف : لا يجوز ، وقال محمد : يجوز وإليه ذهب عامة المشايخ منهم الإمام السرخسي ،
كذا في الخلاصة . وفي الفتاوى لقاضيخان : وقف بناء بدون أرض قال هلال : لا يجوز انتهى . لكن في الخصاص
ما يفيد أن الأرض إذا كانت متقررة للاحتكار جاز فإنه قال في رجل وقف بناء دار له دون الأرض فإنه لا يجوز ،
قليل له فما تقول في حوانيت السوق إن وقف رجل حانوتا منها ؟ قال : إن كان الأرض لإجارة في أيدي القوم
الذين بنوها لا يخرجهم السلطان عنها فالوقف جائز لأننا رأيناها في أيدي أصحاب البناء يتوارثونها وتقسم بينهم
لا يتعرض لهم السلطان ولا يزعمهم عنها ، وإنما غلة يأخذها وتداولها الخلفاء ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم
يتبايعونها ويؤاجرونها ويجوز فيها وصاياهم ويهدمون بنائها ويبنونها غيره ، فأقاد أن ما كان مثل ذلك جاز وقف
البيان فيه وإلا فلا . وذكر في موضع آخر في فتاوى قاضيخان : إذا بنى قنطرة للمسلمين جاز ولا يكون بناؤها
ميراثا ، ثم ذكر أنه إنما خض البناء بذلك لأن العادة أن تتخذ على جنبتي النهر العام وذلك غير مملوك . ثم قال :
وهذه المسئلة دليل على جواز وقف البناء بنون الأصل . ثم نقل عن الأصل أن وقف البناء بدون أصل الدار
لا يجوز ، ولا يجوز وقف البناء في أرض هي عارية أو لإجارة ، وإن كانت ملكا لواقف البناء جاز عند البعض .

ومحمد يقول : القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع ، وقد وجد التعامل في هذه الأشياء : وعن نصير ابن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقا لها بالمصاحف ، وهذا صحيح لأن كل واحد يسلك للدين تعليما وتعلما وقراءة ، وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد ، وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه . وقال الشافعي : كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لأنه يمكن الانتفاع به ، فأشبه العقار والكراع والسلاح . ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد ، ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدرهم والدنانير ، بخلاف العقار ، ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقى على أصل القياس :

وعن محمد : إذا كان البناء في أرض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الأرض وقفها عليها . ذكر الكل في الفتاوى . وإطلاق الإجازة يعارض قول الخصاص في أرض الحكور ، اللهم إلا أن يجعل تخصيصها بسبب أنها صارت كالأملاك على ما ذكره وسميته . وفي الخلاصة ، إذا وقف مصحفا على أهل المسجد لقراءة القرآن إن كانوا يحصون جاز ، وإن وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد ، وفي موضع آخر ، ولا يكون مقصورا على هذا المسجد . وأما وقف الكتب فكان محمد بن سلامة لا يبيحه ونصير بن يحيى يبيحه ووقف كتبه ، والفقيه أبو جعفر يبيحه وبه تأخذ . وجه قول أبي يوسف أن القياس يأباه ، والنص ورد في الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه (ومحمد رحمه الله يقول : القياس ينزل بالتعامل كما في الاستصناع ، وقد وجد التعامل في هذه الأشياء ، وعلى قول محمد أكثر فقهاء الأمصار ، وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا) وقال الشافعي رحمه الله : كل ما أمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه ، وهذا قول مالك وأحمد أيضا . وأما وقف ما لا ينفع به إلا بالإتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء ، والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بجلي . وأما الحل فيصح وقفه عند أحمد والشافعي لأن حفصة رضي الله عنها ابتاعت حليا بعشرين ألفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته ، وعن أحمد لا يصح وقفه ، وأنكر الحديث ، ذكره ابن قدامة في المغني . وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع ، وعارضه المصنف بأن حكم

والمراجع : فتاوى النحاس . وقوله (إلحاقا لها بالمصاحف) يعني أن وقف المصاحف صحيح ، فكلها الكتب . ذكر في فتاوى قاضيخان : اختلف المشايخ في وقف الكتب جوزه الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى . وقوله (كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله) احتراز عن الدراهم والدنانير ، فإن الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير لأجله وهو الثمنية لا يمكن بهما مع بقاء أصله في ملكه . وقوله (ويجوز بيعه) احتراز عن حمل الناقصة والجارية فإنه لا يجوز بيعه فكذا وقفه عنده أيضا . ولنا أن الوقف في المنقول لا يتأبد وهو ظاهر ، وما لا يتأبد لا يجوز وقفه لأن التأبد لا بد منه على ما بيناه فصارت المنقولات كالدرهم والدنانير . وقوله (بخلاف العقار) جواب عن اعتباره بالعقار . وقوله (ولا معارض من حيث السمع) جواب عن قوله فأشبه الكراع والسلاح . ووجهه أن الأصل أن لا يجوز وقف الكراع والسلاح أيضا كالدرهم ، إلا أننا تركناه بمعارض راجع من حيث السمع . وقوله (ولا من حيث التعامل) جواب عما يقال ترك الأصل في الكراع والسلاح بمعارض من حيث السمع وهو ليس بموجود في المراجع والقدم وغيرهما ، فلتكن صورة النزاع مقيسة على ذلك . ووجهه أن لهما معارضا من حيث التعامل وليس (قال المصنف : ولا بد منه على ما بيناه) أقول : اللازم من الدليل هو تأبد الوقف مدة بقاء الموقوف ، وذلك موجود في محل النزاع أيضا فليتأمل .

وهذا لأن العقار يتأبد ، والجهاد سنام الدين ، فكان معنى القرية فيهما أقوى فلا يكون غيرهما في معناهما .

الوقف الشرعى التأبد ولا يتأبد غير العقار ، غير أنه ترك في الجهاد لأنه سنام الدين ، فكان معنى القرية فيهما أقوى ، فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما شرعيته فيما هو دونهما ، ولا يلحق دلالة أيضا لأنه ليس في معناهما . وإذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما رأوا من جريان التعامل فيها . ففي الخلاصة : وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لأبناء السبيل قال : إن كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون جائزا . وعن الأنصارى وكان من أصحاب زفر فيمن وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو ما يوزن أيجوز ذلك ؟ قال نعم ، قيل وكيف ؟ قال يدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذى وقف عليه ، وما يكال وما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة . قال : فعلى هذا القياس إذا وقف هذا الكثر من الخطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بد لهم ليزرعوه لأنفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا السبيل يجب أن يكون جائزا . قال : ومثل هذا كثير في الرى وناحية دنابونب ، والأكسية وأسترة الموتى إذا وقف صدقة أبدا جاز فتدفع الأكسية للفقراء فينتفعون بها في أوقات لبسها ، ولو وقف ثورا لإنزاء بقرة لا يصح . ثم إذا عرف جواز وقف القرس والجمل في سبيل الله ، فلو وقفه على أن يمسه مادام حيا إن أمسه للجهاد جاز له ذلك ، لأنه لو لم يشترط كان له ذلك لأن الجاعلى فرس السبيل أن يجاهد عليه ، وإن أراد أن ينتفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل : يعنى يبطل الشرط ، ويصح وقفه ، ولا يؤاجر فرس السبيل إلا إذا احتيج إلى نفقته فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه . قال في الخلاصة : وهذه دليل على أن المسجد إذا احتاج إلى نفقة يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه . وهذا عندى غير صحيح لأنه يعود إلى القبح الذى لأجله استثنى أبو يوسف المسجد من وقف المشاع ، وهو أن يتخذ مسجدا يصلى فيه عاما ولاصطبلًا يربط فيه الدواب عاما ، ولو قيل إنما يؤاجر لغير ذلك فنقول غاية ما يكون للسكنى ويستلزم جواز المجامعة فيه وإقامة الحائض والجنب فيه ، ولو قيل لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤجر له فيه تغيير أحكامه الشرعية ، ولاشك أن باحتياجه إلى النفقة لا تتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن أن يكون مسجدا . نعم إن خرب ماحواه واستغنى عنه فحينئذ لا يصير مسجدا عند محمد خلافا لأبي يوسف ، وأما إذا لم يكن كذلك فتجب عمارته من بيت المسال لأنه من حاجة المسلمين . وفي الخلاصة أيضا : يجوز وقف الغلمان والجوارى على مصالح الرباط ، وإذا زوج السلطان أو القاضى جارية الوقف يجوز ، ولو زوج عبد الوقف لا يجوز ، والفرق ظاهر ، وهو أن في الأول اكتسابا للوقف دون الثانى ، ولهذا لو زوج أمة الوقف من عبد الوقف لا يجوز . ومن فروع وقف المنقول وقف دار فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخلن في وقفه الحمامات الأصلية قال الفقيه : هو كوقف الضيعة مع الشيران . وسئل أبو بكر عن وقف شجرة بأصلها والشجرة مما ينتفع بأوراقها وثمرها قال : الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا يقطع أصلها إلا أن تفسد أغصانها ، فإن لم ينتفع بأوراقها وثمرها فأنما تقطع ويصرف ثمنها إلى سبيله ، فإن نبت ثانيا وإلا غرس مكانها . وسئل أبو القاسم الصفار عن شجرة وقف يبس بعضها وبقي بعضها فقال : ما يبس منها فسيله

بوجود في صورة النزاع كالعبيد والإماء والثياب والبسط وأمثالها فبقى على أصل القياس . وقوله (وهذا) استظهار على أن إلحاق غير العقار والكراع والسلاح بهما غير جائز لأن غيرهما لقوتها ليس في معناهما ، ولم يذكر

قال (وإذا صح الوقف لم يجوز بيعه ولا تملكه ، إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته) أما امتناع التملك فلما بينا . وأما جواز القسمة فلأنها تتميز وإفراز ، غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة ، إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرا للوقف فلم تكن بيعا وتمليكا ؛ ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية للواقف وبعد الموت إلى وصية ، وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضى أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه

سبيل غلها ، وما بقى متروك على حالها (قوله وإذا صح الوقف) أى لزم ، وهذا يؤيد ما قلناه في قول القنورى وإذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف . ثم قوله (لم يجوز بيعه ولا تملكه) هو إجماع الفقهاء (إلا أن يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمة عند أبي يوسف فتصح مقاسمته ، أما امتناع التملك فلما بينا) من قوله عليه الصلاة والسلام « تصدق بأصلها لا ببيع ولا يورث ولا يوهب » ومن المعنى وهو أن الحاجة ماسة إلى آخره ، ولأنه بالزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا يتمكن من البيع (وأما جواز القسمة) أى عندهما ، فإن على قول أى حنيفة لا يجوز وإن قضى القاضى بصحة وقف المشاع لأنها مبادلة ، ومعنى المبادلة هو الرجوع في غير المثليات (فلأنها تتميز) معنى (وإفراز غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة ، إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرا للوقف فلم تكن بيعا وتمليكا ، ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية للواقف) عند أبي يوسف ، ووقف المشاع إنما يجوز على قوله (و) لو طلب الشريك القسمة (بعد موته) فالقسمة (إلى وصيه ، وإن وقف نصف عقار خالص له فالقسمة طريقان : أحدهما أن (يقاسمه القاضى) بأن يرفع الأمر إليه ويطلب منه القسمة فيأمر رجلا أن يقاسمه (الثانى أن يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه)

التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل أقوى من القياس فجاز أن يترك به . قال (وإذا صح الوقف لم يجوز بيعه) أى إذا لزم الوقف لم يجوز بيعه ولا تملكه ، إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمة فتصح مقاسمته ، فقوله إلا أن يكون مشاعا استثناء من قوله لم يجوز بيعه ، وهو منقطع أو متصل ، لأن معنى المبادلة في قسمة العقار راجع فجعل كأنه يبيع اتساعا ؛ أما امتناع التملك فلما بينا : يعنى ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم « تصدق بأصلها لا ببيع ولا يورث ولا يوهب » وما ذكره من المعنى بقوله ولأن الحاجة ماسة إلخ . وقوله (وأما جواز القسمة) فظاهر . وقوله (فهو الذي يقاسم) أى الواقف هو الذي يقاسم شريكه لا القاضى . وقوله (خالص) صفة عقار : أى لو كان له عقار مائة ذراع وهو خالص له لا شركة لغيره فيه فوقف منه خمسين ذراعا وجب أن يكون القاسم هاهنا غير الواقف لئلا يلزم أن يكون الشخص الواحد مطالباً ومطالباً ، فإن مقاسم النصف الذى هو الوقف مطالب من مالك النصف الذى هو غير وقف ومالك النصف مطالب وهو الواقف بعينه المقاسم لنصف الوقف فكان مطالباً ومطالباً ، وهو لا يجوز فيرفع أمره إلى القاضى ليقيسه ، أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ، ولو كان في القسمة فضل دراهم بأن كان أحد النصيبين أجود فدعت الضرورة إلى إدخال الدراهم في القسمة أو تراضيا على ذلك فإن إدخال الدراهم في القسمة لا يجوز إلا لضرورة أو بالتراضى على ماسياتى في كتاب القسمة إن شاء الله تعالى ، فلا يخلو إما أن يكون الواقف يأخذ الدراهم أو يعطيها ، فإن كان

(قوله استثناء من قوله لم يجوز بيعه إلخ) أقول : بل من قوله ولا تملكه كما يدل عليه أول كلام المصنف ، نعم يفهم من آخره كونه استثناء من المجموع والأمر سهل .

لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاساً ومقاساً ، ولو كان في القسمة فضل دراهم إن أعطى الوقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف ، وإن أعطى الوقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء . قال (والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الوقف أو لم يشترط) لأن قصد الوقف صرف الغلة مؤبداً ، ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء

إن أحب ، وهذا (لأن الواحد لا يصلح أن يكون مقاساً ومقاساً ، ولو كان في القسمة فضل دراهم) بأن كان أحد النصفين أجود من الآخر فجعل بإزاء الجودة دراهم ، فإن كان الآخر للدراهم هو الوقف بأن كان النصف الذي هو غير الوقف هو الأحسن لا يجوز لأنه يصير بائعاً بعض الوقف وبيع الوقف لا يجوز . وإن كان الآخر شريكه بأن كان النصيب الوقف أحسن جاز لأن الوقف مشتر لا بائع فكأنه اشترى بعض نصيب شريكه فوقه ، فقله (إن أعطى الوقف لا يجوز) يصح على بنائه للمفعول ورفع الوقف ، ويصح على بنائه للفاعل ونصب الوقف لأن المعنى فيها أنه أخذ الدراهم . واعلم أن عدم جواز البيع في غير القسمة فيما إذا كان قائماً عامراً ، أما إذا تهدم ولا حاصل له يعمر به فيجوز لأنه رجع إلى ملك الوقف إن كان حياً ، وإلى ورثته إن كان ميتاً . وقال الصدر الشهيد : في جنس هذه المسائل نظر : يعني لأن الوقف بعد ما خرج إلى الله تعالى لا يعود إلى ملك الوقف ، وأنت تعلم أن قول محمد برجوعه إلى ملك الوقف أولى من قوله في المسجد لأن خلوصه لله تعالى أقوى من غيره من الأوقاف ، ولأن ذلك بشرط الفائدة ، وقد تحقق انتفاؤها إذا لم يكن له ريع يعاد به ولا يوجد من يستأجره فيعمره ، ومن ذلك حانوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر البتة ، وحوض محلة حرب وصار بحيث لا يمكن عمارته فهو للوقف ولورثته . فإن كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطعة كذا في الخلاصة . زاد في فتاوى الخاصي : إذا كان كاللقطة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه . وعلى هذا فإنما يصير لبيت المال إذا عرف الوقف وعرف موته وانقراض عقبه . وروى عن محمد : إذا ضعفت الأرض عن الاستغلال ويحد القيم بثمنها أخرى هي أكثر ريعاً كان له أن يبيعها ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعاً . وأما قول طائفة من المشايخ فيما إذا خاف المتولى على الوقف من وارث أو سلطان يغلب عليه . قال في النوازل : يبيعها ويتصدق بثمنها . قال : وكذا كل قيم خاف شيئاً من ذلك . قالوا : فالفتوى على خلافه لأن الوقف بعد ما أصبح بشرائطه لا يحتمل البيع ، وهذا هو الصحيح حتى ذكر في شجرة جوز وقف في دار وقف خربت الدار لاتباع الشجرة لعمارة الدار بل تكرر الدار ويستعان بنفس الجوز . على العمارة ، ثم إذا جاز بيع الأشجار الموقوفة لا يجوز قبل القطع بل بعده ، هكذا عن الفضلي في الأشجار المثمرة ، وفي غير المثمرة قال : يجوز قبل القطع لأنها هي الغلة ، وبناء الوقف والنبات لا يجوز قبل الهدم والقلع كالمثمرة كذا قيل . والوجه يقتضي إذا تعين البيع كونه قبل الهدم دفعا لزيادة مؤنة الهدم ، إلا أن تزيد القيمة بالهدم . وفي زيادات أبي بكر بن حامد : أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصره إذا استغنوا عنه (قوله والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته سواء شرط الوقف ذلك أو لم يشترط) لأن الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبداً وذلك (بصرف الغلة مؤبداً) ولا يمكن ذلك بلا عمارة ، فكانت العمارة مشروطة اقتضاء ، ولهذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط أن يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج إليه لأداء العشر والحراج والبذر وأرزاق الولاة عليها الأول لم يحز لأنه يعطى بمقابلة الدراهم شيئاً من الوقف ، وبيع الوقف لا يجوز وإن كان الثاني جاز . لأنه حينئذ

ولأن الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها على الموصى له بها . ثم إن كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم ، وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب فيها : ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله : أى مال شاء في حال حياته . ولا يؤخذ من الغلة لأنه معين يمكن مطالبته ، وإنما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه ، وإن خرب يبني على ذلك الوصف لأنها بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه . فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر إلا برضاه ، ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض ، وعند الآخرين يجوز ذلك ، والأول أصح لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة .

والعملة وأجور الحراس والحصادين والبراسين ، لأن حصول منفعتها في كل وقت لا يتحقق إلا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة . قال شمس الأئمة : وذلك وإن كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة فيذهب رأيه إلى قسمة جميع الغلة . فإذا شرط ذلك في صكه يقع الأمن بالشرط . قال المصنف (ولأن الخراج بالضمان) أى الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والدابة ونحو ذلك بقيام ذلك الشيء : أى لكون ذلك الشيء لوتلف تلف من ضمان المستغل . وروى أبو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري عن ابن أبي ذئب عن محمد بن أبي خفاف عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه قضى أن الخراج بالضمان» . قال أبو عبيد : معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند البائع فقضى أنه يرد العبد على البائع بالعيب ويرجع بالثمن فيأخذه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج ، وإنما طابت لأنه كان ضمانا للعبد ، ولومات مات من مال المشتري لأنه في يده اهـ . ولهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه حين قضى بالغلة للبائع ، وهذا الحديث من جوامع الكلم ، وفي معناه : الغرم بالغنم ، وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة . وقوله (وصار) أى عمارة الوقف (كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها) تكون (على الموصى له بها) (قوله ثم إن كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم) لا يتصور أن يلزموا لعدم اجتماعهم ولعسرهم (وأقرب أموالهم هذه الغلة) الكائنة للوقف (فتجب) العمارة فيها (قوله وإن كان الوقف على رجل بعينه) أو رجال (وآخره للفقراء فهو في ماله أى مال شاء في حياته) فإذا مات فمن الغلة (ولا يؤخذ من الغلة) عينا (لأنه) رجل (معين يمكن مطالبته) ثم هو يعطى إن شاء من الغلة وإن شاء من غيرها ، ثم العمارة المستحقة عليه إنما هي (بقدر ما يبقى الموقوف بها على الصفة التي وقف عليها) (فأما الزيادة فليست بمستحقة) فلا تصرف في العمارة (إلا برضاه ، ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض) أى لا يزداد على الصفة التي كان عليها (وعند آخرين يجوز ذلك) أى الزيادة (والأول أصح) لأنه صرف حق الفقراء إلى غير ما يستحق عليهم ، ولا تؤخر العمارة إذا احتجج إليها

يشتري شيئا بمقابلة الدراهم ويقفه وهو جائز . وقوله (لأن الخراج بالضمان) هذا لفظ الحديث ، وهو من جوامع الكلم ، وإلحرازه معاني جملة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة ، ومعناه هاهنا : أن غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة عليهم أيضا . ثم إن كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم (أى لا يفوز المتولى بهم لعدم تعيينهم وعسرهم) ، وأقرب أموالهم إلى المتولى هذه الغلة فتجب فيها . وقوله (ولو كان الوقف على رجل بعينه) ظاهر . وقوله (ولا يؤخذ من الغلة) يعنى حتما لأنه قال فهو في ماله أى مال شاء ، وهذه الغلة أيضا من ماله ، فلو لم يقيد بذلك تناقض كلامه . وقوله (ولو كان الوقف على الفقراء) يعنى لا على رجل

قال (فإن وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له سكنى) لأن الخراج بالضمان على مامر فصار كثيفة العبد الموصى بختمته (فإن امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجبرها الحاكم وعمرها بأجرتها، وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى) لأن في ذلك رعاية الحقين حتى الواقف وحتى صاحب السكنى ، لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا ، والأول أولى ، ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البئر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه في حيز التردد ، ولا تصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك .

وتقطع الجهات الموقوفة عليها لما إن لم يخف ضرر بين ، فإن خيف قدّم . وأما الناظر فإن كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين ، فإذا قطعوا للعمارة قطع إلا أن يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فيأخذ قدر أجرته ، وإن لم يعمل لا يأخذ شيئا . قال الإمام فخر الدين قاضيه خان : رجل وقف ضبعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لاحتاجة فيها إلى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لأن القيم لا يأخذ ما يأخذ إلا بطريق الأجر فلا يستوجب الأجر بلا عمل اهـ . فهذا عندنا فيمن لم يشرط له الواقف شيئا ؛ أما إذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم (قوله فإن وقف دارا على سكنى ولده) أو غير ولده (فالعمارة على من له السكنى ، لأن الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصى بختمته ، فإذا امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجبرها الحاكم وعمرها بأجرتها) ثم ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حتى الواقف وحتى صاحب السكنى (لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا ، والأول) وهو العمارة (أولى) من الثاني وهو علم عمارتها المدلول عليه بقوله لولم يعمرها لأن الجمع بين المصاححين أولى من إبطال إحداهما (ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من) إلزام الضرر (بإتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البئر فيهما إذا عقد عقد (المزارعة) وبيننا من عليه البئر فامتنع من عليه البئر عن العمل لا يجبر عليه لذلك (ثم لا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأن امتناعه في حيز التردد) يعني دلالة الامتناع على الرضا بإسقاط حقه متردد فيها بلجواز كون امتناعه لعدم القدرة على العمارة أو لرجائه اصطلاح القاضي كما يجوز كونه لرضاه بإبطال حقه وإنما قال أجبرها الحاكم لأنه (لا تصح إجارة من له السكنى) وعلمه بقوله (لأنه غير مالك) وفي تقريره قولان : أحدهما أنه ليس بمالك للمنفعة بل أبيح له الانتفاع ، وهذا ضعيف ، فإن للموقوف عليه السكنى أن يعير الدار والإعارة تملك المنافع بلا عوض ، والمسئلة في وقف الخصاص ، والآخر أنه ليس بمالك للعين والإجارة تتوقف

بعينه فكذلك عند البعض : أى لا تصرف غلة الوقف إلى زيادة عمارة لم تكن في ابتداء الوقف بل تصرف إلى الفقراء . وعند آخرين يجوز ذلك ، والأول وهو أن يكون البناء الثاني مثل الأول لا زائدا عليه أصح لما ذكره في الكتاب وهو واضح . وقوله (وإن وقف دارا على سكنى ولده) ظاهر . وقوله (والأول أولى) يريد به إجارة الحاكم وعمارته بأجرتها ثم ردها إلى من له السكنى . والثاني هو ترك العمارة . واستفيد ذلك بقوله لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا . وقوله (في حيز التردد) بيانه أن الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون نقصان ماله في الحال ولرجائه إصلاح القاضي وعمارته ثم رده إليه . وقوله (ولا تصح إجارة من له السكنى) لإضافة المصدر إلى فاعله ، وهذا لأن الإجارة تملك المنافع بعوض ولا تملك من غير المالك ، ومن له السكنى ليس بمالك . ونوقض بالاستأجر فإن له أن يؤجر الدار وليس بمالكها . وأجيب بأنه مالك المنفعة ولهذا أقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة لئلا يلزم تملك المنفعة المعلومه ، ومن له السكنى أبيحت له المنفعة ولهذا لم تقم العين مقام المنفعة

قال (وما انهلم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه . وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيما لأنه لا بد من العمارة ليبقى على التأيد فيحصل مقصود الواقف . فإن مسب الحاجة إليه في الحال صرفها فيها ، وإلا أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك أو إن الحاجة فيسطل المقصود . وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعه بيع وصرف ثمنه إلى المزمة صرفا للبذل إلى مصرف المبدل (ولا يجوز أن يقسمه) يعني النقض (بين مستحق الوقف) لأنه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه : وإنما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم .

عليه لأنها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها لملكها فأقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة . وهو مشكل لأنه يقتضى أن لا يصح إجارة المستأجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل . وأن لا يصح من الموقوف عليه السكنى بالإعارة لكنه يضح كما ذكرنا ؛ فالأولى أن يقال لأنه تملك المنافع بلا بدل فلم يملك تملكها ببذل وهو الإجارة . وإلا لملك أكثر مما ملك بخلاف الإعارة . وهذا الوجه والذي قبله يفيد أن لافرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره ، حتى أن الموقوف عليه الدار المستحق للغلة أيضا ليس له أن يؤجر لأنه ليس بملك للعين فلا يمكن إقامة العين مقام منافعتها ليرد عليه عقد الإجارة بل مملكته من المنافع بلا بدل . ونص الاسترغنى أنه رأي في المنقول أن إجارة الموقوف عليه لا تجوز ، وإنما يملك الإجارة المتولى أو القاضى . ونقل عن الفقيه أنى جعفر أنه إن كان الأجر كله للموقوف عليه إذا كان الوقف لا يستمر تجوز إجارته وهذا في الدور والخوانيت . وأما الأراضي فإن كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه أن يؤجر وإن لم يشترط ذلك . فيجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه . هذا وإن لم يرخص الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضى من يستأجرها لم أر حكم هذه في المنقول من المذهب ، والحال فيها يؤدى إلى أن تصير نقضا على الأرض كرماد تسفوه الرياح . وخطرت أنه يخبره القاضى بين أن يعمرها فيستوفى منفعتها وبين أن يردّها إلى ورثة الواقف (قوله وما انهلم من بناء الوقف وآلته) وهو بالجر كالخشب والقصب وقد يضم عطفا على ماصرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه . وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إليه . وأنت تعلم أن بالانهدام تتحقق الحاجة إلى عمارة ذلك القدر . فلا معنى للشرط في قوله إن احتاج إليه وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج . وإنما المعنى أنه إن كان التهيؤ للعمارة ثابتا في الحال صرفه إليها وإلا حفظه حتى تنبأ ذلك وتتحقق الحاجة ؛ فإن انهلم قد يكون قليلا جدا لا يحل بالانتفاع بالوقف ولا يقربه من ذلك فيكون وجوده كعلمه فيؤخر حتى تحسن أو تنجب العمارة ؛ وإن تعذرت إعارته بأن خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه في ذلك إقامة للبذل مقام المبدل ولا يقسمه بين مستحق الوقف لأنه من عين الوقف . ولا حق لهم في العين الموقوفة . لأنها حق الله تعالى وحقهم في الغلة فقط . واعلم أن عدم جواز بيعه إلا إذا تعذر الانتفاع به إنما هو فيما ورد عليه وقف الواقف ، أما فيما اشتراه المتولى من مستغلات الوقف فإنه يجوز بيعه بلا هذا الشرط . وهذا لأن في صيرورته وقفا خلافا .

في ابتداء الوقف : ولا يلزم من جواز تملك المالك جواز تملك غيره . قال (وما انهلم من بناء الوقف وآلته) قال صاحب النهاية : قوله وآلته يحتمل أن يكون مجرورا بالعطف على البناء : يعنى ما انهلم من آلة الوقف بأن بلى خشب الوقف وفسد ، ويحتمل أن يكون مرفوعا بالعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات ، لأنه لا يقال انهلمت الآلة ، والنقض بضم النون البناء المنقوض ، وفي الصحاح ذكره بكسر النون لا غير .

قال (وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف) قال رضى الله عنه : ذكر فصلين بشرط الغلة لنفسه . وجعل الولاية إليه . أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف ، ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازى وبه قال الشافعى . وقيل إن الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف فى اشتراط القبض والإفراز . وقيل هى مسألة مبتدأة ، والخلاف فيما إذا شرط البعض لنفسه فى حياته وبعد موته للفقراء . وفيما إذا شرط الكل لنفسه فى حياته وبعد موته للفقراء سواء ؛ ولو وقف وبشرط البعض أو الكل لأمهات أولاده ومديره ماداموا أحياء ، فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين . فقد قيل يجوز بالاتفاق ، وقد قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لأن اشتراطه لم فى حياته كاشتراطه لنفسه .

والخيار أنه لا يكون وقفا فللقيم أن يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت (قوله وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف) فهذان فصلان ذكرهما القلورى (شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية إليه . أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف) وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والزهري . ومن أصحاب الشافعى ابن سريج . ولا يجوز على قياس قول محمد وهلال (الرأي) وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصرى ، وإنما نسب إلى الرأي : أى لأنه كان على مذهب الكوفيين . ورأيهم وهو من أصحاب يوسف بن خالد السمعى البصرى : ويوسف هذا من أصحاب أبي حنيفة . وقيل إن هلالا أخذ العلم عن أبي يوسف وزفر . ووقع فى المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازى . وفى المغرب هو تحريف ، بل هو الرأي بتشديد الراء المهملة لأنه من البصرة لامن الرى . والرازى نسبة إلى الرى ، وهكذا صحح فى مسند أبي حنيفة وغيره ، ويقول محمد قال الشافعى ومالك ، والخلاف فى شرط كل الغلة لنفسه وبعده على الفقراء أو بعضها وبعده للفقراء . ثم (قيل إن الاختلاف بينهما بناء على الخلاف فى اشتراط القبض) أى قبض المتولى ، فلما شرطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه لأنه حينئذ لا ينقطع حقه فيه . وما شرط القبض إلا لينقطع حقه ، ولما لم يشترطه أبو يوسف لم يمنعه (وقيل مسألة مبتدأة) غير منبئية وهو أوجه ، ثم وصل المصنف

وقوله (ولا يجوز على قياس قول محمد) بناء على أن التسليم إلى المتولى شرط عنده ولم يوجد . قال الصدر الشهيد : والفتوى على قول أبي يوسف ترغيبا للناس فى الوقف . وقوله (فقد قيل يجوز بالاتفاق) وهو رواية المبسوط والذخيرة والتممة وفتاوى قاضى خان . وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف ، فإنه لو شرط بعض الغلة أو كلها لنفسه فى حال حياته جاز فلا أمهات أولاده أولى ، وإنما الإشكال على قول محمد فإنه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لأمهات أولاده فى حياته بمنزلة اشتراطه لنفسه ، ولكن جوز ذلك استحسانا للعرف ، ولأنه لا بد من تصحيح هذا الشرط لمن لأنهم يفتقن بموته ، فاشتراطه لمن كاشتراطه لسائر الأجانب فيجوز ذلك فى حياته أيضا تبعاً لما بعد الوفاة ، وقد قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح ، لأن اشتراطه لم فى حياته : أى اشتراط صرف الغلة فى ابتداء الوقف لأمهات أولاده ومديره ، وذكر الضمير تغليبا للمديرين على أمهات الأولاد كاشتراطه لنفسه ، ثم اشتراط صرف الغلة لنفسه فى ابتداء الوقف جائز بدون واسطة عند أبي يوسف ، فكذا يجوز اشتراط صرف الغلة إلى نفسه انتهاء بواسطة اشتراط صرف الغلة إلى أمهات أولاده ومديره . وجه قول محمد أن الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذى قدمناه : أى بطريق التقرب إلى الله تعالى ، فاشتراطه الكل أو البعض

(قال المصنف : وقيل إن الاختلاف بينهما بناء الخ) أقول : فى هذا البناء نوع تأمل ظاهرا ، لكن يظهر وجه البناء بما ذكره الجبازى (قال المصنف : وقد قيل هو على الاختلاف أيضا وهو الصحيح) أقول : يخالف لرواية الكتب المذكورة (قوله لأن اشتراطه لم فى حياته)

وجه قول محمد رحمه الله أن الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذي قدمناه ، فاشتراطه البعض أو الكل لنفسه يبطله لأن التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة ، وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه : ولأبي يوسف ماروى « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان يأكل من صدقته » والمراد منها صدقته الموقوفة ، ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط ، فدل على صحته ، ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القرية على ما بيناه ، فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ماصار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أنه يجعل ملك نفسه لنفسه ، وهذا جائز ،

بهذه الخلافية ما إذا شرط الغلة لأمهات أولاده ومدبريه ماداموا أحياء ، فإذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جاريا فيها على ما صححه المصنف . وقيل بل صحة شرط الغلة لأمهات أولاده ومدبريه بالاتفاق وهو الأصح . وما قال المصنف مخالف لما في المبسوط والمحيط والذخيرة والتنمية وفتاوى قاضيخان ، فإن الكل جعلوا الصحة بالاتفاق . وفرق في المبسوط لمحمد رحمه الله بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولأمهات أولاده حيث يجوز مع أن شرطه لمن ومدبريه كشرطه لنفسه بأن حرّتهم ثبتت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الأجانب ويكون ثبوته لم حالة حياته تبعا لما بعد موته : كما قال أبو حنيفة في أصل الوقف إذا قال في حياته وبعد وفاتي يلزم ، أما لو وقف على عبيده وإمائه فلا يجوز عند محمد لأنهم لا يعتقون بموته فلا تبعية ، ويجوز عند أبي يوسف كشرطه لنفسه (وجه قول محمد رحمه الله إن الوقف تبرع على وجه التملك) للغلة أو للسكنى (فاشتراط البعض أو الكل لنفسه يبطله لأن التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة) بأن تصدق على فقير بمال وسلم إليه على أن يكون بعضه لى لم يجز لعدم الفائدة ، إذ لم يكن مملوكا على هذا التقدير إلا ما وراء ذلك القدر ، فكذا في الصدقة الموقوفة (وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه) بيتا (ولأبي يوسف ماروى « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان يأكل من صدقته » والمراد صدقته الموقوفة ، ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط) فإن الإجماع على أن الواقف إذا لم يشرط لنفسه الأكل منها لا يحل له أن يأكل منها ، وإنما الخلاف فيما إذا شرطه ، والحديث المذكور بهذا اللفظ لم يعرف إلا أن في مصنف ابن أبي شيبة : حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه قال : ألم تر أن حجرا المدري أخبرني قال : إن في صدقة النبي صلى الله عليه وآله وسلم يأكل منها أهلها بالمعروف غير المنكر (ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى ، فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ماصار مملوكا لله لنفسه لا أنه جعل ملك نفسه لنفسه)

لنفسه يبطله لأن التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة ، فإنه لا يجوز أن يسلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ، فقوله وشرط بالجر عطفًا على قوله كالصدقة المنفذة ، ومعناه أن يجعل بعض المسجد لنفسه كان مانعا عن الجواز في الكل ، فكذا إذا جعل بعض الغلة لنفسه . وقوله (ولأبي يوسف ماروى « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان يأكل من صدقته ») ذكر الحديث شيخ الإسلام في مبسوطه ، والمراد منه الصدقة الموقوفة ، ولا يحل الأكل منه إلا بالشرط بالإجماع فدل على صحته : وقوله (على ما بيناه) إشارة إلى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره إلى جهة لا تنقطع أبدا بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك ، وإلى قوله ولأبي يوسف أن المقصود هو

= أقول : ذكر التفسير في قوله لم تغلبا للذكور على الإناث (قال المصنف : وجه قول محمد رحمه الله تعالى عليه إن الوقف تبرع على وجه التملك) أقول : فيه نوع مخالفة لما سبق من أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك ، ولما قاله الشارحون من أن في الوقف إباحة المنفعة لأتمليك كما سبق في الدرس السابق ، وجوابه أن المنفعة غير العلة .

كما إذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ، ولأن مقصوده القربة وفي الصرف إلى نفسه ذلك ، قال عليه الصلاة والسلام « نفقة الرجل على نفسه صدقة » ؛ ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف ، وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل .

كذا قرره المصنف ، وعلى ما سلف لنا في اشتراط التسليم إلى المتولى عند محمد ينبغي أن يقرر هكذا الموقوف إزالة الملك الكائن بالعين وإسقاطه لا إلى مالك ابتغاء مرضاة الله تعالى على وجه يعتبر فيه شرطه الغير المنافي للقربة والشرع ، وشرط النفقة على نفسه منه لا ينافي ذلك (كما إذا بنى خاناً وشرط أن ينزل فيه أو سقاية وشرط أن يشرب منها أو مقبرة وشرط أن يدفن فيها ، قال صلى الله عليه وسلم « نفقة الرجل على نفسه صدقة ») روى معنى هذا الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة ، فروى ابن ماجه من حديث المقدام بن معديكرب عنه عليه الصلاة والسلام قال « ما من كسب الرجل كسب أطيب من عمل يده ، وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وبخادمه فهو له صدقة » وأخرجه النسائي عن بقية عن بجير بلفظ : « ما أطعمت نفسك فهو لك صدقة » الحديث . وأخرج ابن حبان في صحيحه عن أبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أيما رجل كسب مالا حلالاً فأطعمه نفسه أو كساها فمن دونه من خلق الله تعالى فإن له زكاة » وزواه الحاكم إلا أنه قال « فإنه له زكاة » وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه . وأخرج الحاكم أيضاً والدارقطني عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كل معروف صدقة ، وما أنفق الرجل على نفسه وأهله فهو له صدقة ، وما وقى به عرضه صدقة » الحديث . وفيه قلت لمحمد بن المنكدر : ما معنى وقى به عرضه قال : أن يعطى الشاعر وذا اللسان المتقى . وقال صحيح الإسناد . وأخرج الطبراني عن أبي أمامة عنه عليه الصلاة والسلام قال « من أنفق على نفسه فهى له صدقة ، ومن أنفق على امرأته وأهله وولده فهو له صدقة » وفي صحيح مسلم عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال لرجل « ابدأ بنفسك فتصدق عليها ، فإن فضل شيء فلاهلك » الحديث ، فقد ترجع قول أبي يوسف : قال الصدر الشهيد : والفتوى على قول أبي يوسف ، ونحن أيضاً نفتي بقوله ترجيباً للناس في الوقف ، واختاره مشايخ بلخ ، وكذا ظاهر الهداية حيث أخر وجهه ولم يلفعه . ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على أن يقضى دينه من غلته ، وكذا إذا قال إذا حدث على الموت وعلى دين يبدأ من غلة هذا الوقف بقضاء ما على « فافضل فعلى سبيله كل ذلك جائز . وفي وقف الخصاص إذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فجاءت غلته فباعها وقبض ثمنها ثم مات قبل أن ينفق ذلك هل يكون ذلك لورثته أو لأهل الوقف ؟ قال : يكون لورثته لأنه قد حصل ذلك وكان له فقد عرف أن شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضاً معيناً كالنصف والربع ، وكذلك إذا قال : إذا حدث على فلان الموت : يعنى الواقف نفسه أخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من عشرة أسهم مثلاًسهم يجعل في الحج عنه أو في كفارات أيمانه ، وفي كذا وكذا وسمى أشياء ، أو قال أخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا وكذا درهما لتصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سبيله (قوله ولو شرط أن يستبدل بها أرضاً أخرى) تكون وقفاً مكانه (فهو جائز عند أبي يوسف) وهلال والخصاص ، وهو استحسان ، وكذا لو قال على أن أبيعها وأشتري بثمنها

التقرب ، فعلم من هذا المجموع أن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة ، ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك جاز عند أبي يوسف كما هو مذهبه في التوسع في الوقف ، وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل لأن هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زواله ، والوقف يتم بذلك ولا يتعلم به معنى التأييد في أصل

أخرى مكانا . وقال محمد : يصح الوقف ويبطل الشرط . وليس له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانيا . لانهاء الشرط بمرة إلا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائما ، وكذا ليس للقيم الاستبدال إلا أن ينص له بذلك . وعلى وزان هذا لو شرط لنفسه أن ينقص من المعالم إذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك . وليس لقيمه إلا أن يجعله له ، وإذا أدخل وأخرج مرة ليس له ثانيا إلا بشرطه . ولو شرطه للقيم ولم يشترطه لنفسه كان له أن يستبدل لنفسه لأن إفادته الولاية لغيره بذلك فرع كونه يملكها . ولو قيد شرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف ليس له أن يستبدل بعد موته . وفي فتاوى قاضيخان : قول هلال وأبي يوسف هو الصحيح لأن هذا شرط لا يبطل الوقف ، لأن الوقف يقبل الانتقال من أرض إلى أرض ، فإن أرض الوقف إذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لاتصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بها أرضا أخرى فتكون وقفا مكانها ، وكذا أرض الوقف إذا قلّ نزلها بحيث لا تحتمل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الأرض في الاستبدال بأرض أخرى ، وفي نحو هذا عن الأنصارى صحة الشرط لكن لا يبيعها إلا بإذن الحاكم ، وينبغي للحاكم إذا رفع إليه ولا منفعة في الوقف أن يأذن في بيعها إذا رآه أنظر لأهل الوقف ، وإذا كان حاصله إثبات وقف آخر لم يكن شرطا فاسدا هو اشتراط عدم حكمه وهو التأييد بل هو تأييد معنى . ولا يقال : حكم الوقف إذا صح الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعه : لأننا نقول : حكم ذلك على وجه ينفذ فيه شرطه الذي شرط في أصل الوقف إذا لم يخالف أمرا شرعيا ، وقد بينا أن شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره ، وكون شمس الأئمة ذكر مسئلة ثم قال : ولهذا تبين خطأ من يجوز استبدال الوقف . وكذا ما عن ظهير الدين رجوعه عنه بعد أن كان يفق به لا يوجب اتباعه مع قيام وجه غيره ، ولو أريد تجوز الاستبدال بغير شرط الاستبدال فيما إذا كان أحسن للوقف كان حسنا .

والحاصل أن الاستبدال إما عن شرطه الاستبدال وهو مسئلة الكتاب أو لاعتن شرطه ، فإن كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغي أن لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضيخان ، وإن كان لا لذلك بل اتفق أنه يمكن أن يؤخذ بشئ الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعا به فينبغي أن لا يجوز لأن الواجب إبقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى ، ولأنه لا موجب لتجوزيه لأن الموجب في الأول الشرط وفي الثاني الضرورة ، ولا ضرورة في هذا إذ لا تجب الزيادة فيه بل تبقيته كما كان ، ولعل محل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل إلا في رواية عن أبي يوسف هذا الاستبدال ، والاستبدال بالشرط مذهب أبي يوسف المشهور عنه المعروف لا مجرد رواية ، والاستبدال الثاني ينبغي أن لا يختلف فيه كما قلنا . وفي فتاوى قاضيخان : أجمعوا أن الواقف إذا شرط الاستبدال لنفسه يصح الشرط والوقف ويملك الاستبدال . أما بلا شرط أشار في السير إلى أنه لا يملكه إلا بإذن القاضي ، ولا يخفى أن محل الإجماع المذكور كون الاستبدال لنفسه إذا شرطه له . وفي القاضي فيما لا شرط فيه لا في أصل الاستبدال وإلا فهو قد نقل الخلاف . وعرف من هذا أن محل ما ذكرناه عن الأنصارى

الوقف ، فيتم الوقف بشروطه ويبقى الاستبدال شرطا فاسدا فيكون باطلا في نفسه كالمسجد إذا شرط الاستبدال به أو شرط أن يصلى فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله ، ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف ، والخيار عند أبي يوسف بناء على التوسعة كما مر ، وعند محمد الوقف باطل : وإنما قيد بقوله ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار معلومة ، حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف أيضا

ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف ، وعند محمد الوقف بطل
وهذا بناء على ما ذكرنا .

ما إذا لم يشترط لنفسه ، ثم إذا اشترى البذل للوقف صار وقفا ولا يتوقف وقفته على أن يقفه بلفظ يخصه ، وليس
للقيم أن يوصى بالاستبدال لمن يوصى إليه عند موته بالوقف . ومن فروع الاستبدال لو قال على أن أبيها بقليل
أو كثير أو على أن أبيها وأشترى بثمنها عبدا نص هلال على فساد الوقف كأنه قال على أن أبطلها ، ولو اقتصر
على قوله على أن أبيها وأشترى بثمنها أرضا جاز استحسانا ، وإذا قال على أن أستبدل أرضا أخرى ليس له أن
يجعل البذل دارا ، وكذا على العكس ؛ ولو قال بأرض من البصرة ليس له أن يستبدل من غيرها لأن الأماكن قد
تختلف في جودة الأرض ، وينبغي إن كانت أحسن أن لا يجوز لأنه خلاف إلى خير ؛ ولو شرط الاستبدال ولم يذكر
شيئا استبدل ما شاء من العقار خاصة ، ولو باع الوقف بغبن فاحش لا يجوز البيع ؛ ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين
حاله فهو دين في تركته ، وكذا لو استهلكه ، أما لو ضاع الثمن في يده فلا ضمان عليه ، ولو اشترى بالثمن عرضا
مما لا يكون وقفا فهو له والدين عليه ، ولو وهبه من المشتري صحت الهبة ويضمنه في قول أبي حنيفة ومنعه أبو يوسف .
أما لو قبض الثمن ثم وهبه فالهبة باطلة اتفاقا ، ولو باعه بعرض ففي قياس قول أبي حنيفة يصح . وقال أبو يوسف
وهلال : لا يملك البيع إلا بالنص أو بأرض تكون وقفا مكانها ؛ وإذا باع الوقف ثم عاد إليه بما هو فسخ من كل
وجه كان له أن يبيعها ثانيا ، وإن عادت بعقد جديد لا يملك بيعها لأنها صارت وقفا فكأنه اشترى غيرها إلا أن
يكون عمم لنفسه الاستبدال ، ولو ردت بعيب بقضاء أو بغير قضاء بعد القبض أو قبل القبض بقضاء عادت وقفا ؛
وكذا إذا قال المشتري قبل القبض أو بعده فله أن يصنع بالأخرى ما شاء ، ولو استحققت الأولى في القياس تبقى
الثانية وقفا ، وفي الاستحسان لا لأن الثانية كانت وقفا بدلا عن الأولى وبلاستحقاق انتقضت تلك المبادلة من كل
وجه فلا تبقى الثانية وقفا ، ولو شرط لنفسه أن يستبدل فوكل به جاز ، ولو أوصى به عند موته لم يكن للوصي
ذلك لأن في الوكالة وهو حي لو تمكن خله أمكنه الاستبدال بخلاف الوصي ، ولو شرط الاستبدال لنفسه مع
آخر على أن يستبدل ما فتفرد بذلك الرجل لا يجوز ، ولو تفرده بالوقف جاز لأنه هو الذي شرطه لذلك ، وما شرط
لغيره فهو مشروط له ، كما لو نصب قاضيا بلدين كل قضا كان لكل أن يتصرف وحده ، ولو أن أحد هذين
القاضيين أراد أن يعزل الذي أقامه القاضي الآخر قال إذا رأى المصلحة في ذلك كان له عزله وإلا فلا (قوله ولو
شرط) أي الواقف (الخيار لنفسه ثلاثة أيام) بأن قال وقتت دارى هذه غلى كذا على أنى بالخيار ثلاثة أيام
(جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف رحمه الله . وقال محمد رحمه الله : الوقف باطل) وهو قول الشافعي وأحمد
وهلال . قال المصنف (وهذا بناء على ما ذكرنا) يريد الأصل المختلف فيه : أعنى شرط التسليم ، فإن محمدا لما

(قوله وهذا) أي الخلاف (بناء على ما ذكرناه) إشارة إلى أن جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف ؛
فإنه لما جاز أن يستثنى الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ليرتئ النظر فيه .
وعند محمد لما لم يجوز ذلك لم يجوز اشتراط الخيار لنفسه أيضا ، وبهذا البناء صرح في المبسوط . ثم لما لم يصح
الوقف بشرط الخيار عند محمد لم يتقلب الوقف جائزا بإبطال الخيار بعد ذلك لأن الوقف لا يجوز إلا مؤبدا وشرط

(قوله فإنه لما جاز أن يستثنى إلى قوله أيضا) أقول : وفي الملازمة الأولى نوع تأمل .

وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف ،

شرط تمام القبض لينقطع حق الواقف فلا شك أن شرط الخيار يفوت معه الشرط المذكور لأنه لا يتصور معه تمام القبض ، وأما أبو يوسف فلما لم يشترط تمام قبض متول أنبئى عليه جواز شرط الخيار . وروى عن أبي يوسف أن الوقف جائز والشرط باطل ، وهو قول يوسف بن خاليد السمتي لأن الوقف كالإعتاق في أنه إزالة الملك لا إلى مالك ، ولو أعتق على أنه بالخيار عتق وبطل الشرط ، فكذا يجب هذا ولذا اتفقوا على أن شرط الخيار في المسجد يبطل ويتم وقف المسجد ، ومثل ذلك قال الهندي : على قول محمد ينبغي أن يجوز الوقف ويبطل الشرط لأنه شرط فاسد فلا يؤثر في المنع من الزوال ، ولكن محمد يقول بتمام الرضا والقبض يتم الوقف ، ومع شرط الخيار لا يتم الرضا ولا القبض فكان كالأكره على الوقف فلا يتم معه ، بخلاف المسجد فإن القبض ليس شرطا فيه عنده بل إقامة الصلاة فيه بجماعة ، وكذا في الإعتاق فإن القبض فيه ليس شرطا . والحاصل أنه إن تم له شرط التسليم في أصل الوقف تم له هذا وقدمنا ما فيه ، وتقييد الخيار بثلاثة أيام ليس قييدا بل أن يكون معلوما ، حتى لو كانت مجهولة بأن وقف على أنه بالخيار لا يجوز بالاتفاق ، وكذا روى عن أبي يوسف أنه قال : إن بين الخيار وقتا جاز الوقف والشرط وإن لم يوقت له فالوقف والشرط باطلان ، ثم إذا لم يصبح الوقف مع شرط الخيار عند محمد : فلو أبطل الخيار قبل الثلاث لم يصبح لأن الوقف لا يجوز إلا مؤبدا والخيار يمنع التأيد ، وكان شرط الخيار في نفس العقد ، بخلاف البيع فإن الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده إذا شرطه أكثر من ثلاثة أيام لامتناع لزوم العقد بعد الأيام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب العقد ، فإذا أسقطه قبل الثلاث جاز ، ذكره في فتاوى قاضيخان : ولا يبطل الوقف بالشروط الفاسدة ، ولهذا لو وقف أرضا على رجل على أن يقرضه دراهم جاز الوقف وبطل الشرط . وفي فتاوى قاضيخان أيضا قال الفقيه أبو جعفر : إعتاق المشتري قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف ، ولو اشترى أرضا فوقفها ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب ولا يكون للوقف بل له أن يصنع به ما شاء .

[فروع] اشترى أرضا على أنه بالخيار فوقفها ثم أسقط الخيار صباح ، ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشتري ثم أسقط البائع الخيار لاتكون وقفا ، ولو وقفها البائع صباح ، ولو وقف الموهوب له الأرض قبل قبضها ثم قبضها لا يصبح الوقف ، وكذا لو وقفها الموصى له بها قبل موت الموصى ثم مات الموصى ، وكذا لو وقفها في الشراء الفاسد قبل قبضها (قوله وأما فصل الولاية فقد نص فيه) أي القننوري (على قول أبي يوسف) حيث قال :

الخيار يمنع التأيد فكان شرط الخيار شرطا فاسدا في نفس العقد فكان المفسد قويا (قوله وأما فصل الولاية فقد نص فيه) أي فقد نص القننوري في فصل الولاية بالجواز على قول أبي يوسف بقوله وإذا جعل الواقف إلى قوله جاز عند أبي يوسف وهو قول هلال أيضا ، وهو ظاهر المذهب ، وذكر هلال في وقفه ، وقال أقوام : إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ، وإن لم يشترط لم تكن له ولاية ، وهذا بظاهره لا يستقيم على قول أبي يوسف لأن له الولاية شرط أو سكت ، ولا على قول محمد لأن التسليم إلى المتولى شرط صحة الوقف فكيف يصبح أن يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم إلى المتولى ، فلهذا أوله بعض مشايخنا وقالوا : الأشبه أن يكون هذا قول محمد لأن من أصله أن التسليم الخ ، ومعناه إذا سلمه إلى المتولى وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعد ما سلمه إلى المتولى ، والدليل على ذلك ما ذكره محمد في السير إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لاتكون له الولاية بعد ذلك إلا أن يشترط الولاية لنفسه ، وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم .

وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب . وذكر هلال في وقفه وقال أقوام : إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية ، وإن لم يشترط لم تكن له ولاية . قال مشايخنا : الأشبه أن يكون هذا قول محمد ، لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف ، فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه . ولنا أن المتولى إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ، ولأنه أقرب الناس إلى هذا الوقف فيكون أولى بولايته ، كمن اتخذ مسجدا يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه ، وكمن أعتق عبدا كان الولاء له

أو جعل الولاية به إليه جاز على قول أبي يوسف (وهو قول هلال أيضا) قال المصنف (وهو ظاهر المذهب . وذكر هلال في وقفه) فقال (وقال أقوام : إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ، وإن لم يشترط لم تكن له ولاية . قال مشايخنا : الأشبه أن يكون قول محمد لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه) فهذا يدل على أنه لم يثبت تصريح محمد به ، ولذا أطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب : وأورد على هذا أن مقتضى اشتراط محمد التسليم إلى القيم أن لا يثبت للواقف ولاية وإن شرطها لنفسه لأنه ينافي هذا الشرط . أجيب بوجهين : أحدهما أن تأويل ذلك أن يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها إلى المتولى فإن الولاية تكون له عند محمد ، فإنه ذكر في فتاوى قاضيه خان ، ذكر محمد في السير أنه إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا تكون له ولاية بعد ذلك إلا إذا كان شرط الولاية لنفسه ، وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم ، إلى أن قال : وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولى شرط الوقف فلا تبقى له ولاية بعد هذا التسليم ، إلا أن شرط الولاية لنفسه ، وأما على قول أبي يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وإن لم يشترطها ، ومثل هذا الذي ذكره في الكتاب مذكور في التهمة والذخيرة ، والآخر أن معنى قول محمد إن شرط الولاية لنفسه فهي له أنه إذا شرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عند محمد أيضا ، لأن شروط الواقف تراعى ، ومن ضرورته سقوط التسليم . قال في النهاية : كذا وجدت في موضع بخط ثقة ، وقد منا فرعا آخر على اشتراط التسليم عند الكلام عليه . ثم استدلل المصنف على قول أبي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب بقوله (ولنا أن المتولى إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيد منها) ولقائل أن يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطا لأنه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير أجنبيا عنه فيجب كون الولاية فيه للحاكم يولى فيه من شاء ممن يصلح لذلك ، وهو من لم يسأل الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلوص الحق لله عز وجل ، لأن الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى وهو تخريج للشافعية فلا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل ، بخلاف ما إذا شرطها لنفسه ، وقد يتم قوله (ولأنه أقرب الناس إلى الوقف فكان أولى بولايته) دليلا على ذلك فإن القاضي ليس أقرب منه إليه ، والقرض أن الواقف عدل مأمون فهو أحق من القاضي لأنه وإن زال الملك فهو على وجه تعود منفعة الواقف بصرفه إلى الجهات التي عينها وهو أنصح لنفسه من غيره فينتصب وليا . وقوله (كمن اتخذ مسجدا كان أولى بعمارته ونصب المؤذن ، وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لأنه

قال قاضيه خان : وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولى شرط لصحة الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم إلا أن يشترط الولاية لنفسه ، أما على قول أبي يوسف فالتسليم إلى المتولى ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وإن لم يشترط الولاية لنفسه . وقوله (ولنا أن المتولى إنما يستفيد الولاية من جهته) استدلال لأبي يوسف ، وعبر عنه بقوله : ولنا إشارة إلى أنه المختار ، وكلامه الباقي ظاهر لا يحتاج إلى شرح ، والله أعلم .

لأنه أقرب الناس إليه . ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضى أن ينزعها من يده نظرا للفقراء ، كما له أن يخرج الوصى نظرا للصغار ، وكذا إذا شرط أن ليس للسلطان ولا لقاض أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل .

(فصل)

أقرب الناس إليه) أما عبارته فلا خلاف يعلم فيه ، وأما نصب المؤذن والإمام فقال أبو نصر فلاهل المحلة ونيس الباني أحق منهم بذلك . وقال أبو بكر الإسكاف : الباني أحق بنصبهما من غيره كالعمارة . قال أبو الليث : وبه تأخذ إلا أن يريد إماما ومؤذنا والقوم يريدون الأصلح فلهم أن يفعلوا ذلك ، كذا في التوازل (ثم إذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضى أن يخرجها نظرا للفقراء ، كما له أن يخرج الوصى نظرا للصغار ، وكذا لو شرط أن ليس لسلطان ولا لقاض أن يخرجها عنه ويوليها غيره) لا يلتفت إلى شرطه إذا كان غير مأمون لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل ، وصرح بأن مما يخرج به الناظر ما إذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه . وفي فتاوى قاضى خان : لو جعل الواقف ولاية الوقف إلى رجلين بعد موته فأوصى أحدهما إلى صاحبه في أمر الوقف ومات جاز تصرف الحى في جميع الوقف . وعن أبي حنيفة لا يجوز لأنه إنما رضى برأيهما . وفيها لو جعل أرضه وقفا فرض مرض الموت فجعل رجلا وصى نفسه ولم يذكر من أمر الوقف شيئا فإن ولاية الوقف لا تكون إلى الوصى ، ولو قال أنت وصى في أمر الوقف خاصة قال أبو يوسف : هو كما قال . وقال أبو حنيفة : هو وصى في الأشياء كلها .

(فصل)

لما اختص المسجد بأحكام تخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة ، فعند أبي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا الإيصاء به ، ولا يجوز مشاعا عند أبي يوسف ، ولا يشترط التسليم إلى المتولى عند محمد أفرد به فصل على حديثه وأخره . هذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضا ما لو اشترى أرضا فاسدا وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للفقراء ، ولو اتخذها مسجدا قال الفقيه أبو جعفر : ذكر محمد في كتاب الشفعة أنه لو اشترى أرضا فاسدا وبناها ببناء المسجد جاز عند أبي حنيفة رضى الله عنه وعليه قيمتها للبائع .

(فصل)

فصل أحكام المسجد عما قبله في فصل على حدة لمخالفة أحكامه لما قبله في عدم اشتراط التسليم إلى المتولى عند محمد ومنع الشيوع عند أبي يوسف ، وخروجه عن ملك الواقف عند أبي حنيفة وإن لم يحكم به الحاكم فرق أبو حنيفة بين الوقف والمسجد ، فإن الوقف إذا لم يحكم به حاكم ولم يكن موصى به ولا مضافا إلى ما بعد الموت كان له أن يرجع فيه ، وأما المسجد فليس له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لأن الوقف اجتماع فيه معنيان : الحبس ، والصدقة . فإذا قال وقتت فكأنه قال حبست العين على ملكى وتصدقت بالغلة ، ولو صرح بذلك لا يصح ما لم يوصى به لأن التصديق بالغلة المعلومة لا يصح ، فإذا أوصى به أو أضافه إلى ما بعد الموت كان لازما بعد موته ،

(فصل وإذا بني مسجدا)

(وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه ، فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة عن ملكه) . أما الإفراز فلائنه لا يخلص لله تعالى إلا به ، وأما الصلاة فيه فلائنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد ، ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه ، أو لأنه لما تعلز القبض فقام تحقق المقصود مقامه ثم يكفي بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة ، وكذا عن محمد لأن فعل الجنس متعلز فيشترط أدناه . وعن محمد أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد بنى لذلك في الغالب (وقال أبو يوسف : يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا) لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط الك العبد فيصير خالصا لله تعالى

وقول أبي يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الأرض إلى البائع بفساد البيع . قال : فاشترط البناء له دليل على أن لا يكون مسجدا قبل البناء عند الكل . وذكر هلال أنه يصير مسجدا في قول أصحابنا فصار فيه روايتان : قال الفقيه أبو جعفر : في الوقف أيضا روايتان . والفرق على إحداهما عند هذا القائل أن في الوقف حق العباد كالبيع والهبة ، وأما المسجد فخالص حق الله تعالى وما هو خبيث لا يصلح لله تعالى ، ولهذا قالوا لو اشترى دارا لها شفع فجعلها مسجدا كان للشفع أن يأخذها بالشفعة ، وكذا إذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن يبطل المسجد (قوله وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه بطريقه عن ملكه ويأذن للناس في الصلاة فيه ، فإذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة) ومحمد في رواية عنهما ، وفي رواية أخرى عنهما : لا يزول إلا بصلاة جماعة ، وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجدا . أما قولهما فلأن الملك لم يزل بمجرد القول فثنى محمد على أصله في اشتراط التسليم ، لكن لا يتعين المتولى لأن تعيينه لتحقيق التسليم إلى من أخرج إليه وهو الله سبحانه وتعالى ، ولا يتحقق إلا في ضمن التسليم إلى العبد على مامر لأكل عبد ، بل الذي تعود منفعة إليه ، غير أن المتولى يقام مقامهم في القبض ، ومقام الواقف في إقبال الغلة لم لكل وقف في العادة فتعين ولم تجر العادة في المسجد بذلك إذ ليس له غلة يستحقها الناس فأقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو الصلاة فيه ، وعلى هذا يخرج عن الملك بصلاة المتفرد ، لأن قبض الجنس متعلز فاكتفى بالواحد . وعلى هذه الرواية اختلفوا لو صلى الواقف بنفسه وحده ، والصحيح أنه لا يكفي لأن الصلاة إنما تشترط لأجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكفي ، فكذلك صلاته . ووجه رواية اشتراط الجماعة أنها المقصود بالمسجد لا مطلق الصلاة ، فإنها تتحقق في غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بصلاة الجماعة ، ولهذا يشترط كونها بأذان وإقامة عندهما . ولو جعل له واحدا مؤذنا وإماما فأذن وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق ، لأن أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ، ولهذا قالوا بكثرة بعد صلاة المؤذن هذه أن تعاد الجماعة لمن يأتي بعده على هذا الوجه عند البعض . وقولنا لا يتعين المتولى بفيد أنه لو سلمه إلى متول جعله له صرح وإن لم يصل فيه أحد . وفيه اختلاف المشايخ . والوجه الصحة ، لأن بالتسليم إلى المتولى أيضا يحصل تمام التسليم إليه تعالى لرفع يده عنه . وجه قول أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج عن الملك بلا حكم مما سيأتي بأن لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت أرضي صدقة موقوفة

وأما إذا قال جعلت أرضي مسجدا فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه ، فلو أزاله الله تعالى لم يكن له أن يرجع كما لو أزاله بالإعتاق ، وكلامه واضح . وقوله (وعن محمد أنه يشترط الصلاة فيه بالجماعة) وهو رواية عن أبي حنيفة أيضا ، ويشترط مع ذلك أن تكون الصلاة جهرية بأذان وإقامة ، حتى لو صلى جماعة بغير أذان وإقامة سرا لا يصير مسجدا عند أبي حنيفة ومحمد ، فإن أذن رجل واحد وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لأن صلاته على

بسقوط حق العبد وصار كالإعتاق ، وقد بيناه من قبل . قال : ومن جعل مسجداً تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه ، وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقاً به ، ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس . وروى الحسن عنه أنه قال : إذا جعل السفلى مسجداً وعلى ظهره مسكن فهو مسجد ، لأن المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفلى دون العلوى . وعن محمد على عكس هذا لأن المسجد معظم ، وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه .

ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لأن لفظ الوقف لا ينبئ عنه ، والصدقة ليس معناها إلا التصديق بالغلة وهي معدومة فلا يصح ، بل الوقف ينبئ عن الإبقاء في الملك لتحصل الغلة على ملكه فيتصدق بها فيحتاج إلى حكم الحاكم لإخراجه عن ملكه إلى غير مالك في محل الاجتهاد ، بخلاف قوله جعلته مسجداً فإنه ليس منبثاً عن إبقاء الملك ليحتاج إلى القضاء بزواله ، فإذا أذن في الصلاة فيه فصلى كما ذكرنا قضى العرف في ذلك بخروجه عنه ، ومقتضى هذا أمران : أحدهما أنه لا يحتاج في جعله مسجداً إلى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك ، وبه قال مالك وأحمد ، وقال الشافعى : لا بد من قوله وقفته أو حبسته ونحو ذلك لأنه وقف على قرية فكان كالوقف على الفقراء ، ونحن نقول : إن العرف جار بأن الإذن في الصلاة على وجه العموم والتخلية يفيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتمتع به ، فكان كمن قدم طعاماً إلى ضيفه أو نثر نثاراً كان إذناً في أكله والتقاطه ، بخلاف الوقف على الفقراء لم تجر عادة فيه بمجرد التخلية والإذن بالاستغلال ، ولو جرت به عادة في العرف اكتفينا بذلك كاستئنا . والثاني أنه لو قال وقفته مسجداً ولم يأذن في الصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجداً بلا حكم وهو بعيد . وأبو يوسف رحمه الله مر على أصله من زوال الملك بمجرد القول أذن في الصلاة أو لم يأذن ، وبصير مسجداً بلا حكم لأنه إسقاط كالإعتاق ، وبه قالت الأئمة الثلاثة . وينبغي أن يكون قول أبي يوسف إن كلاماً من مجرد القول والإذن كما قالوا موجب لزوال الملك وصيرورته مسجداً لما ذكرنا من العرف (قوله ومن جعل مسجداً تحته سرداب) وهو بيت يتخذ تحت الأرض لتبريد الماء وغيره (أو فوقه بيت) ليس للمسجد واحد منهما فليس بمسجد (وله بيعه ويورث عنه إذا مات) ولو عزل بابه إلى الطريق (لبقاء حق العبد متعلقاً به) والمسجد خالص لله سبحانه ليس لأحد فيه حق ، قال الله تعالى - وأن المساجد لله - مع العلم بأن كل شيء له فكان فائدة هذه الإضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتفٍ فيما ذكر . أما إذا كان السفلى مسجداً فإن لصاحب العلوى حقاً في السفلى حتى يمنع صاحبه أن ينقب فيه كوة أو يتد فيه وتدا على قول أبي حنيفة ، وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا ما يوهن البناء إلا بإذن صاحب العلوى ، وأما إذا كان العلوى مسجداً فلأن أرض العلوى ملك لصاحب السفلى ، بخلاف ما إذا كان السرداب أو العلوى موقوفاً لصاحب المسجد فإنه يجوز إذلاً ملك فيه لأحد بل هو من تتميم مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس . هذا هو ظاهر المذهب . وروى عن أبي حنيفة أنه إذا جعل السفلى

مثلاً الوصف كالجماعة . وقوله (وقد بيناه من قبل) إشارة إلى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه يتأبد كالعقار ، والسرداب بكسر السين معرب سرداب : وهو بيت يتخذ تحت الأرض للتبريد . وقوله (فله أن يبيعه) أى لا يكون مسجداً وهو ظاهر الرواية ، لأن المسجد ما يكون خالصاً لله تعالى ، قال تعالى - وأن المساجد لله - أضاف المساجد إلى ذاته مع أن جميع الأماكن له ، (قوله وقوله وقد بيناه من قبل إشارة إلى ما قال عند قوله ويتم الوقف الخ) أقول : وفيه بحث ، بل هو إشارة إلى قوله وإذا كان الملك يزول بالقول عند أبي يوسف الخ .

وعن أبي يوسف أنه جَوَزَ في الوجهين حين قلم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة . وعن محمد أنه حين دخل الرى أجاز ذلك كله لما قلنا . قال (وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه) يعنى له أن يبيعه ويورث عنه لأن المسجد مالا يكون لأحد فيه حق المنع ، وإذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصير مسجدا ، ولأنه أبى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد أنه لا يباع ولا يورث ولا يوهب) اعتبره مسجدا ، وهكذا عن أبي يوسف أنه يصير مسجدا لأنه لما رضى بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الإجارة من غير ذكر . قال (ومن اتخذ أرضه مسجدا لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لأنه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله ، وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى ، وإذا أسقط العبد مائت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الإعتاق .

مسجدا دون العلو جاز لأنه يتأبد ، بخلاف العلو ، وهذا تعليل للحكم بوجود الشرط ، فإن التأبد شرط وهو مع المقتضى ، وإنما يثبت الحكم معهما مع عدم المانع وهو تعلق حق واحد . وعن محمد عكسه لأن المسجد معظم وهو تعليل بحكم الشيء وهو متوقف على وجوده (وعن أبي يوسف أنه جَوَزَ ذلك في الأولين لما دخل بغداد ورأى ضيق الأماكن) كذا (عن محمد لما دخل الرى) وهذا تعليل صحيح لأنه تعليل بالضرورة (وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس فيه) إذا عا (له أن يبيعه ويورث عنه ، لأن المسجد ليس لأحد حق المنع منه ، وإذا كان ملكه محيطا بجوانبه) الأربع (كان له حق المنع فلم يصير مسجدا ، ولأنه أبى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى) وعن كل من أبي حنيفة ومحمد أنه يصير مسجدا ، لأنه لما رضى أن يكون مسجدا ولم يصير مسجدا إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار داخلا بلا ذكر كما يدخل في الإجارة بلا ذكر (قوله ومن اتخذ أرضه مسجدا لم يكن له أن يرجع ولا يورث عنه) يعنى بعد صحت بشرطه . وفى فتاوى قاضيه خان : رجل له ساحة لآبناء فيها أمر قوما أن يصلوا فيها بجماعة ، قالوا : إن أمرهم بالصلاة فيها أبدا أو أمرهم بالصلاة بجماعة ولم يذكر الأبد إلا أنه أراد الأبد ثم مات لا يكون ميراثا عنه ، وإن أمرهم بالصلاة شهرا أو سنة ثم مات يورث لأنه لا بد من التأيد والتوقيت ينفيه ، ومقتضى هذا أن لا يصير مسجدا فيما إذا أطلق إلا إذا اعترفت الورثة بأنه أراد الأبد ، فإن نية لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع إرثهم بما لم يثبت . ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وقف عليه أو حانوت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه . ولو كان ملك رجل أخذ بالقيمة كرها ، فلو كان طريقا للامة أدخل بعضه بشرط أن لا يضر الطريق . وفى كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه أبي جعفر عن هشام عن محمد أنه يجوز أن يجعل شيء من الطريق مسجدا ، أو يجعل شيء من المسجد طريقا للامة اه . يعنى إذا احتاجوا إلى ذلك ، ولأهل المسجد

فاقتضى ذلك خلوص المساجد لله تعالى ، ومع بقاء حق العباد في أسفله أو في أعلاه لا يتحقق الخلوص (قوله وعن أبي يوسف أنه جَوَزَ في الوجهين) يعنى فيما إذا كان تحت سرداب أو فوقه بيت . وعن محمد أنه أجاز ذلك كله : أى ما تحت سرداب وفوقه بيت مستغل أو ذكاكين ، وإنما ذكر قول محمد بهذا الطريق ولم يقل وعن أبي يوسف ومحمد مع أن هذين القولين منهما في الحكم سواء لئلا يفتى له ما ذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص ، ولأنه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد ، وقوله لما قلنا يعنى من الضرورة : قال (وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجدا) وسط بالسكون لأنه اسم مبهم للدخل ضمن الدار لالشيء معين بين طرفي الصحن وكلامه واضح . وقوله (ولأنه أبى الطريق لنفسه) فلم يخلص لله تعالى ، حتى لو عزل بابه

ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه، وعند محمد يعود إلى ملك الباني أو إلى وارثه بعد موته لأنه عينه لنوع قرية وقد انقطعت فصار كحضير المسجد وحشيشه إذا استغنى عنه ،

أن يجعلوا الرحبة مسجدا ، وكذا على القلب ويحولوا الباب أو يحدوا له بابا آخر ، ولو اختلفوا ينظر أيهم أكثر ولاية له ذلك ، ولهم أن يهلموه ويحدوه ، وليس لمن ليس من أهل المحلة ذلك ، وكذا لهم أن يضعوا الحجاب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم ، وأما من مال الوقف فلا يفعل غير المتولى إلا بإذن القاضي ، الكل من الخلاصة ، إلا أن قوله وعلى القلب يقتضى جعل المسجد رحبة ، وفيه نظر . وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب التجنيس : قيم المسجد إذا أراد أن يبنى حوانيت في المسجد أو في فناءه لا يجوز له أن يفعل ، لأنه إذا جعل المسجد سكنا تسقط حرمة المسجد ، وأما الفناء فلأنه تبع للمسجد (قوله ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه) أى استغنى عن الصلاة فيه أهل تلك المحلة أو القرية بأن كان في قرية فخربت وحولت مزارع يبقى مسجدا على حاله عند أبي يوسف ، وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي . وعن أحمد يباع نقضه ويصرف إلى مسجد آخر ، وكذا في الدار الموقوفة إذا خربت يباع نقضها ويصرف ثمنها إلى وقف آخر لما روى أن عمر كتب إلى أبي موسى لما نقب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي بالمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد (وعن محمد يعود إلى ملك الواقف) إن كان حيا (ولحق ورثته) إن كان ميتا وإن لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بتمنه في بناء مسجد آخر . وجه قوله أنه (عينه لقرية وقد انقطعت فينقطع هو أيضا وصار كحضير المسجد وحشيشه إذا استغنى عنه) وقنديله إذا خرب المسجد يعود إلى ملك متخذه ،

إلى الطريق الأعظم صار مسجدا (قوله ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه) على بناء المفعول (يبقى مسجدا عند أبي يوسف) إلى أن قال : وعند محمد يعود إلى ملك الباني . قال في النهاية : وفي الحقيقة هذه المسئلة مبنية على ما بيناه ، فإن أبا يوسف لا يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء ، وإن ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن يكون مسجدا ومحمد يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء ، وإذا ترك الناس الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجدا . وحكى أن محمدا مر بمزبلة فقال : هذا مسجد أبي يوسف ، يريد به أنه لما لم يقل بعوده إلى ملك الباني يصير مزبلة عند تطاول المدة ، ومر أبو يوسف بإصطبل فقال : هذا مسجد محمد : يعنى أنه لما قال يعود ملكا فرما يجعله المالك إصطبلا بعد أن كان مسجدا ، فكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه لما أشار إليه . استدل أبو يوسف بأنه سقط ملكه في ذلك المقدار فلا يعود إلى ملكه واستظهر بالكعبة ، فإن في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الأصنام ، ثم لم يخرج موضع الكعبة به عن أن يكون موضعا للطاعة والقربة خالصا لله تعالى ، فكذلك في سائر المساجد . ومحمد يقول : عين هذا الجزء من ملكه مصر وفا إلى قرية بعينها ، فإذا انقطع ذلك عاد إلى ملكه أو ملك وارثه وصار كحشيش المسجد

(قال المصنف : ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف ، إلى قوله : وعند محمد يعود إلى ملك الباني) أقول : قال الكاكي : حكى أن محمدا مر بمزبلة فقال : هذا مسجد أبي يوسف ، وأبو يوسف مر بإصطبل فقال : هذا مسجد محمد ، لأنه لما عاد إلى ملك الواقف ربما يجعله إصطبلا بمرور الزمان انتهى . في توجه طعن أبي يوسف تأمل ، فإن الاستبعاد في بقائه مسجدا على تلك الحال كما في المزبلة على قول أبي يوسف ، وليس الإصطبل كذلك عند محمد فإنه خرج عن أن يكون مسجدا فسقط ملكه في ذلك المقدار من الزمان .

إلا أن أبا يوسف يقول في الحصر والحشيش إنه ينقل إلى مسجد آخر .

وكما لو كفن ميتا فافترسه سبيع عاد الكفن إلى ملك ماله ، وكهدى الإحصار إذا زال الإحصار فأدرك الحج كان له أن يصنع بهديه ما شاء . واستدل أبو يوسف وجمهور العلماء بالكعبة ، فإن الإجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة ، إلا أن لقائل أن يقول : القرية التي عينت له هو الطواف من أهل الآفاق ، ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة ، وإن كان لا يصح منهم لكفرهم ، على أن الإيمان لم ينقطع من الدنيا رأسا ، فقد كان لمثل قس بن ساعدة أمثل . فالأوجه أنه بعد تحقق سبب سقوط الملك فيه لا يعود كالمتعق كما لا يعود إذا زال إلى مالك من أهل الدنيا إلا بسبب يوجب تجديد الملك ، فما لم يتحقق لم يعد . وأما ما قاس عليه من هدى الإحصار فليس بلازم لأنه لم يزل ملكه قبل الذبح ، وكذا الكفن باق على ملك ماله ، إنما أباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى المستعير فيعود إلى المعير . وأما الحصر والقنديل فالصحيح من مذهب أبي يوسف أنه لا يعود إلى ملك متخذ بل يحول إلى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد ، ولأنه ما جعله مسجدا ليصلى فيه أهل تلك المحلة لا غير بل يصلى فيه العامة مطلقا أهل تلك المحلة وغيرهم . وأما استدلال أحمد بما كتبه عمر لا يفيد أنه يمكن أنه أمره باتخاذ بيت المال في المسجد ، واستدلاله بالانتفاع بالاستبدال مردود بالحديث المشهور : وفي الخلاصة : قال محمد في الفرس إذا جعله حبسا في سبيل الله فصار بحيث لا يستطيع أن يركب يباع ويصرف ثمنه إلى صاحبه أو ورثته كما في المسجد ، وإن لم يعلم صاحبه يشتري بثمنه فرس آخر يغزى عليه ولا حاجة إلى الحاكم ، ولو جعل جنازة وملاءة ومغتسلا وقفا في محلة ومات أهلها كلهم لا يرد إلى الورثة بل يحمل إلى مكان آخر ، فإن صح هذا من محمد فهو رواية في الحصر والبوارى أنها لا تعود إلى الورثة ، وهكذا نقل عن الشيخ الإمام الحلواني في المسجد والحوض إذا خرب ولا يحتاج إليه لفرق الناس عنه أنه يصرف أوقافه إلى مسجد آخر أو حوض آخر .

واعلم أنه يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما إذا استغنى عن المسجد لحراب المحلة والقرية وتفرق أهلها ما إذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته أنه يبطل الوقف ويرجع النقص إلى بانيه أو ورثته عند محمد خلافا لأبي يوسف ، وكذا حانوت في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر بشيء البتة يخرج عن الوقفية ، وكذا في حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه ، فإن لم يعرف فهو لقطعة ، وكذا الرباط إذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثا ، ولو بنى رجل على هذه الأرض فالبناء للباقي وأصل الوقف لورثة الواقف عند محمد ، فقول من قال : في جنس هذه المسائل نظر فليتأمل عند الفتوى غير واقع موقعه . وفي الفتاوى الظهيرية : سئل الحلواني عن أوقاف المسجد إذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولى بيعها يشتري بثمنها أخرى ؟ قال نعم . وروى هشام عن محمد أنه قال : إذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضى أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره ، وعلى هذا فينبغي أن لا يفتى على قوله برجوعه إلى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله وخرابه ، بل إذا صار بحيث لا ينتفع به يشتري بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الأول ، وكذا للمتولى أن يبيع من تراب مسبلة إذا كان فيه مصلحة . وفي فتاوى قاضيخان : وقف على مسمين خرب ولا ينتفع به ولا يستأجر أصله يبطل الوقف ويجوز بيعه ، وإن كان أصله يستأجر بشيء قليل يبقى أصله وقفا انتهى . ويجب حفظ هذا فإنه قد تحرب الدار وتصير كوما وهي بحيث لو نقل نقضها استأجر أرضها من يبنى أو يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع

وحصيره إذا استغنى عنه ، إلا أن أبا يوسف يقول في الحصر والحشيش ينقل إلى مسجد آخر .

قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة لأنه لم ينقطع عن حق العبد ؛ ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط نحكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء ، بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم (وعند أبي يوسف يزول ملكه بالقول) كما هو أصله ، إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم . وعند محمد إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ، ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله ، وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ،

كلها للواقف مع أنه لا يرجع منها إليه إلا النقض : فإن قلت : على هذا تكون مشكلة الرباط التي ذكرنا ١ مقيدة بما إذا لم تكن أرضه بحيث تستأجر . قلنا : إلا لأن الرباط موقوف للسكنى وامتنعت بانهدامه ؛ بخلاف هذه فإن المراد وقف يكون لاستغلال الجماعة المسلمين ، ولو انهدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به بيع ويحفظ ثمنه في يد القائم بأمر الواقف إلى أن يحتاج الباقي إلى العمارة فيصرف فيه ، وكذا إذا يبس بعض أشجار الأرض الموقوفة يبيعها ولا يبيع من نفس الأرض لذلك ولا يعطى المستحقون شيئاً من ثمن النقض ولا من عينه بوجه من الوجوه لأنه لا حق لم فيما سوى الغلة ، بل الحال أنه إن أمكن شراء شيء يستغل ولو قليلاً أو إجارة الأرض بشيء ولو قليلاً فعل وحفظه لعنارة ما بقي ، ولو خرب الكل وتعذر أن يشتري بثمنه مستغل ولو قليلاً حينئذ يرجع إلى ملك الواقف (قوله ولو بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) ولو سلمه إلى متول (لأنه لم ينقطع حقه عنه ؛ ألا ترى أنه ينتفع به) في الحال (فله أن يسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت) ليكون وصية فيلزم بعد الموت ، وله أن يرجع عنه قبل موته على ما مر (كما في الوقف على الفقراء) بل أولى لأن الثابت في كل منهما لفظ ينبي عن الخروج عن الملك كما قدمناه في وقفت وتصدقت ، وفي هذه الأمور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعاً بعين الوقف كما ذكرنا ، بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه (بخلاف المسجد) لا يشترط في زواله عن ملكه حكم ولا وصية لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله عز وجل بلا حكم . وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو أصله : وقوله قول الأئمة الثلاثة كما مر (وعند محمد) لا يزول (حتى يستقى الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ويدفنوا في المقبرة لأن التسليم عنده شرط) وتسليم هذه (بما ذكرنا) من سكنها الخان والرباط إلى آخره (ويكتفى بالواحد) في التسليم الموجب لزوال الملك (لتعذر فعل الجنس) أي تسليم الكل على تقدير تسليمهم (وعلى هذا البئر) إذا احتفزه (والحوض) يزول الملك إذا استقى منهما واحد أو شربت دابة ، ومن ذلك ما لو أدخل قطعة أرض له في طريق المسلمين وجعلها طريقاً يشترط فيه مرور واحد بإذنه على قول من يشترط القبض في الأوقاف وكذا القنطرة

وقوله (ومن بنى سقاية أو خاناً) ظاهر . وقوله (بخلاف المسجد) يعني أن حكم الحاكم والإضافة إلى ما بعد الموت ليسا بشرط في المسجد . وقوله (وذلك بما ذكرناه) يعني أن التسليم يحصل بالاستقاء والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة .

ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها لأنه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المتوب عنه وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليماً لأنه لا تدبير للمتولى فيه ، وقيل يكون تسليماً لأنه يحتاج إلى من يكتسه ويغلق بابه ، فإذا سلم إليه صح التسليم ، والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولى له عرفاً ، وقيل هي بمنزلة السقاية والحنان فيصح التسليم إلى المتولى ، لأنه لو نصب المتولى يصح وإن كان بخلاف العادة ، ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين . أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا إلا أن في الغلة تحل للفقراء دون الأغنياء ، وفيما سواه من سكنى الحنان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغنى والفقر ،

يتخذها للمسلمين تلزم بمرور واحد ولا يكون بناؤها ميراثاً (ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه) أعني السقاية والحنان والرباط والمقبرة والبئر والحوض (لأنه) أعني المتولى (نائب عن الموقوف عليهم ففعله) أى تسليمه (كفعلهم) أى تسليمهم (وأما في المسجد فليس لا يكون تسليماً ، وقيل يكون) وقد قدمناه مع وجهه ، ووجه المصنف الصحة (بأنه) أى المسجد (يحتاج إلى من يكتسه ويغلق بابه ، فإذا سلم إليه صح التسليم) لأنه متول له عرفاً . واختلف في المقبرة ، قيل كالمسجد على القول بأنه لا يكتفى في إزالة الملك عنه التسليم إلى متول (لأنه لا متولى له) فلا يزول الملك إلا بالدفن فيها (وقيل كالسقاية فيصح التسليم إلى المتولى) (قوله ولو جعل داراً له بمكة سكنى للمعتمرين ، أو جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين ، أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين ، أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها) أى في السقاية والمقبرة وفي الدار المسبلة عندهما للخروج عن ملكه بذلك القدر وهو قول الأئمة الثلاثة بلا شرط الدفع إلى المتولى كقول أبي يوسف . وعند أبي حنيفة له أن يرجع ما لم يحكم بذلك حاكم . ثم روى الحسن عنه أنه إذا رجع بعد الدفن لا يرجع إلى المحل الذى دفن فيه ويرجع فيما سواه ، ثم إذا رجع في المقبرة بعد الدفن لا ينبشها ، لأن النيش حرام ، ولكن يسوى الأرض ويزرع وهذا على غير رواية الحسن . والفتوى في ذلك كله على خلاف قول أبي حنيفة رضى الله عنه للتعامل المتوارث . هذا وتنفرد المقبرة غيرها بأنه لو كان في المقبرة أشجار وقت الوقف كان للورثة أن يقطعوها لأن موضعها لم يندخل في الوقف لأنه مشغول بها ، كما لو جعل داره مقبرة لا يندخل موضع البناء في الوقف ، بخلاف غير المقبرة فإن الأشجار والبناء إذا كان في عقار وقفه دخلت في الوقف تبعاً ، ولو نبتت فيها بعد الوقف إن علم غارسها كانت للغارس ، وإن لم يعلم فالرأى فيها للقاضى إن رأى بيعها وصرف ثمنها على عمارة المقبرة فله ذلك وتكون في الحكم كأنها وقف . ولو كانت قبل الوقف لكن الأرض موات ليس لها مالك فاتخذها أهل القرية مقبرة فالأشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة . ولو أن رجلاً غرس شجرة في المسجد فهى للمسجد ، أو في أرض موقوفة على رباط مثلاً فهى للوقف إن قال للقيم تعاهدها ، ولو لم يقل فهى له يرفعها لأنه ليس له هذه الولاية ولا يكون غارسنا للوقف . ولو غرس في طريق العامة أو على شط النهر العام أو

وقوله (في هذه الوجوه) أى في السقاية والحنان والرباط والمقبرة . وقوله (ويكتفى بالواحد) ظاهر . وقوله (سكنى الحاج بيت الله تعالى) الحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار في قوله تعالى - سامراً تهجرون -

والفارق هو العرف في الفصلين ، فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء ، ولأن الحاجة تشمل الغنى والفقير في الشرب والزول ، والغنى لا يحتاج إلى صرف هذا الغلة لغناه ، والله تعالى أعلم بالصواب .

شط الحوض القديم فهي للغارس ، لأنه ليس له ولاية جعلها للعامة ، وكذا على شط نهر القرية ، ولو قطعها فثبت من عروقها أشجار فهي للغارس . ولو بنى رجل في المقبرة بيتا لحفظ اللين ونحوه ، إن كان في الأرض سعة جاز وإن لم يرض بذلك أهل القرية ، لكن إذا احتيج إلى ذلك المكان يرفع البناء ليقيم فيه ، ومن حفر لنفسه قبرا فليغيره أن يقيم فيه وإن كان في الأرض سعة ، إلا أن الأولى أن لا يوحشه إن كان فيها سعة ، وهو كمن بسط سجادة في المسجد أو نزل في الرباط فجاء آخر لا ينبغي أن يوحش الأول إن كان في المكان سعة . وذكر الناطقي أنه يضمن قيمة الحفر ليجتمع بين الحقين ، ولا يجوز لأهل القرية الانتفاع بالمقبرة الدائرة ، فإن كان فيها حشيش يحش ويخرج إلى الدواب ولا يرسل الدواب فيها . ثم في جميع ما ذكرناه من سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البئر يستوى الغنى والفقير ، بخلاف وقف الغلة على الغزاة فإنها تحل للفقراء دون الأغنياء منهم . قال المصنف (والفارق) فيه (العرف فإن) الواقفين من (أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء ، ولأن الحاجة تشمل الغنى والفقير في الشرب والزول) لأن الغنى لا يقدر على استصحاب ما يشربه في كل مكان ، ولا على أن يشتري ذلك في كل منزلة من السفر ، وعلى هذا فيجب في الرباط أن يخص سكناه بالفقراء لأن العرف على أن بناء الأربطة للفقراء . وهذا فصلان في المتولى والموقوف عليه :

(الفصل الأول في المتولى)

قالوا : لا يولى من طلب الولاية على الأوقاف كمن طلب القضاء لا يملكه ، وللمتولى أن يشتري بما فضل من غلة الوقف إذا لم يحتج إلى العمارة مستغلا ، ولا يكون وقفا في الصحيح حتى يجاز بيعه . ومن سكن دار الوقف غصبا أو بإذن المتولى بلا أجره كان عليه أجره مثله سواء كان ذلك معبدا للاستغلال أو غير مبدل له ، حتى لو باع المتولى دارا للوقف فسكنها المشتري ثم رفع إلى قاضي هذا الأمر فأبطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشتري أجره مثله ، وللمتولى أن يستأجر من يخدم المسجد بكنسه ونحو ذلك بأجرة مثله أو زيادة يتغابن فيها ، فإن كان أكثر فالإجازة له وعليه الدفع من مال نفسه ، ويضمن لو دفع من مال الوقف ، وإن علم الأجير أن ما أخذه من مال الوقف لا يحل له وله أن ينفق من ماله على حاجة الوقف . ولو أدخل نجدا من ماله في المسجد كان له الرجوع كالوصى إذا أنفق على الصغير ، وله أن يشتري من غلة المسجد دهنًا وحصيرا وآخرا وحصا لفرش المسجد إن كان الواقف وسع فقال يفعل ما يراه مصلحة ، وإن وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له أن يشتري ذلك ، فإن لم يعرف له شرط يعمل ما عمل من قبله ، ولا يستدين على الوقف إلا إذا استقبله أمر لا بد منه فيستدين بأمر القاضي ويرجع في غلة الوقف . وذكر الناطقي : وكذا له أن يستدين لزراعة الوقف وبزوره بأمر القاضي ، لأن القاضي يملك الاستدانة على الوقف فصيح بأمره ، بخلاف المتولى لا يملكه . والاستدانة أن لا يكون في يده شيء فيستدين ويرجع ، أما إذا كان في يده مال الوقف فاشترى ونقد من مال نفسه فإنه يرجع بالإجماع لأنه كالوكيل والثغر موضع الخافقة من فروج البلدان ، ويقال رابط الجيش : أقام في الثغر يلزاه العدو مرابطة ورباطا ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

إذا اشترى ونقد الثمن من مال نفسه له أن يرجع وليس له أن يرهن دار الوقف ، فإن فعل وسكنها المرتنن ضمن أجرة المثل . ولو أنفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم أنفق من ماله مثلها في الوقف جاز ويبرأ عن الضمان ، ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للكل . ولو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة فاحتيج إلى مال لدفع شرهم قال الشيخ الإمام : ما كان من غلة وقف المسجد الجامع يجوز للحاكم أن يصرفه إلى ذلك على وجه القرض إذا لم تكن حاجة للمسجد إليه . وله أن يبني على باب المسجد ظلة لدفع أذى المطر عن الباب من مال الوقف إن كان على مصالح المسجد ، وإن كان على عمارته أو ترميمه فلا يصح . والأصح ما قاله ظهير الدين أن الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء ، وإذا كان على عمارة المسجد لا يشتري منه الزيت والخصير ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن إن فعل . ومن وقف وقفا ولم يجعل له متواليا حتى حضرته الوفاة فأوصى إلى رجل قالوا يكون وصيا وقيا ، هذا في قول أبي يوسف ، لأن التسليم ليس بشرط فصحب الوقف في حياته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قيا ثم حضرته الوفاة فأوصى لا يكون هذا الوصي قيا في الوقف . قيم مسجد مات فاجتمع أهل المسجد على جعل رجل قيا بغير أمر القاضي فقام وأنفق من غلات وقف المسجد في عمارته اختلف المشايخ في هذه التولية والأصح لا تصح . بل نصب القيم إلى القاضي ، لكن لا يضمن ما أنفق في العمارة من غلاته إذا كان أجر الوقف وأخذ الغلة فأنفق ، لأنه إذا لم تصح ولايته فإنه غاصب والغاصب إذا أجر المغصوب كان الأجر له ويتصدق به . كذا في فتاوى قاضيخان . وأنت تعلم أن المفتي به تضمين غاصب الأوقاف . بخلاف ما إذا كان وقف على أرباب معلومين فإن لم أن ينصبوا متوليا من أهل الصلاح ، لكن قيل الأولى أن يرفعوا أمرهم إلى القاضي لينصب لهم . وقيل بل الأولى في هذا الزمان أن لا يفعلوا وينصبوا لهم . وليس للمشرف أن يتصرف في مال الوقف بل وظيفته الحفظ لا غير ، وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف . وللمتولى أن يفوض إلى غيره عند موته كالوصي له أن بوصى إلى غيره ، إلا أنه لو كان الواقف جعل لذلك المتولى مالا مسمى لم يكن ذلك لمن أوصى إليه بل يرفع الأمر إلى القاضي إذا تبرع بعمله ليفرض له أجر مثله إلا أن يكون الواقف جعل ذلك لكل متول ، وليس للقاضي أن يجعل للذي أدخله ما كان الواقف جعله للذي كان أدخله لأن للواقف في هذا ما ليس للحاكم ، وكذا إذا أخذ المتولى من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن . فالأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل إلا في ثلاث : هذه إحداها . والثانية إذا أودع السلطان الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع . والثالثة القاضي إذا أخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لإضمان عليه ، أما لو كان القاضي أخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد أنه يضمن . ولو قال قبل موته ضاع مال اليتيم عندي أو أنفقته عليه ومات لا يكون ضامنا ، أما لو مات قبل أن يقول يضمن . وكذا لو باع المتولى دار الوقف ومات ولم يبين أين الثمن فإنه يكون ديناً في تركته ، وللناس أن يأخذوا المتولى بتسوية حائط الوقف إذا مال إلى أملاكهم ، فإن لم تكن له غلة يرفع إلى القاضي ليأمر بالاستدانة لإصلاحها ، وله أن يبني قرية في أرض الوقف للأكرة وحفاظها وليجمع فيها الغلة وأن يبني بيوتا يستغلها إذا كانت الأرض متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة ، فإن كان زراعتها أصلح من الاستغلال لا يبني . وفي النوازل في إقراض مفضل من مال الوقف قال :

إن كان أحرز للغلة أرجو أن يكون واسعا ولا يؤثر الوقف لإجارة طويلة وأكثر ما يجوز ثلاث سنين ، وليس له الإقالة إلا إن كانت أصلح للوقف . ولو زرع الواقف أو المتولى أرض الوقف وقال زرعها لنفسى وقال المستحقون بل للوقف فالقول قوله ، وعلى الواقف والمتولى في هذا نقصان الأرض ، وليس عليهما أجر مثل الأرض ويقول القاضى له ازرعها للوقف ، فإن قال ليس للوقف مال أزرعها به يأمره بالاستدانة لذلك ، فإن قال لا يمكننى يقول لأهل الوقف استدينوا ، فإن قالوا لا يمكننا بل نزرع لأنفسنا لا يمكنهم ، لأن الوقف في يد الواقف فهو أحق به ولا يخرج عنه إلا أن يكون غير مأمون ، ذكر هذه المسئلة بفروعها في فتاوى قاضىخان وغيره . وينعزل الناظر بالجنون المطبق إذا دام سنة نص عليه الخصاص لا إن دام أقل من ذلك ، ولو عاد إليه عقله وبرأ من علته عاد إليه النظر . وللناظر أن يوكل من يقوم بما كان إليه من أمر الوقف ويجعل له من جعله شيئا، وله أن يعزله ويستبدل به أو لا يستبدل ، ولو جنّ انعزل وكيله ويرجع إلى القاضى في النصب . ولو أخرج حاكم قضاة أو عزل فتقدم المخرج إلى القاضى الثانى بأن ذلك القاضى أخرجه بلا جنة لا يدخله لأن أمر الأول محمول على السداد ، ولكن يكلفه أن يقيم عنده بيعة أنه أهل وموضع للنظر في هذا الوقف ، فإن فعل أعاده . وكذا لو أخرجه لفسق وخيانة فبعد مدة أناب إلى الله وأقام بيعة أنه صار أهلا لذلك فإنه يعيده ، وليس على الناظر أن يفعل إلا ما يفعله أمثاله من الأمر والنهى بالمصالح ويصرف الأجر من مال الوقف للعملة بأيديهم ، ولذا قلنا لو عمى أو طرش أو خرص أو فلج ، إن كان بحيث يمكنه الكلام من الأمر والنهى والأخذ والإعطاء فله الأجر الذى عينه له الواقف ؛ وللناظر في الوقف على الفقراء أن يعطى قوما مدة وله أن يقطعهم ويعطى غيرهم فكيف لا يدخل كثرة بحيث يخاصصونهم . وفي وقف الخصاص : أن حكم القاضى أن لا يعطى غير هذا الرجل لم يعط غيره ، وما لم يحكم بذلك له أن يعطى غيره ويحرمه لأن في كل منهما تنفيذ شرط الواقف وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف لا شروط حتى ظفرت في المسئلة بقوله أن هذا الحكم لا يصبح ولا يلزم .

(الفصل الثانى فى الموقوف عليه)

وقف على زيد ثم المساكين فرد زيد فهو للمساكين ، وكذا على زيد وعمرو فرد أحدهما أو ظهر أنه كان مينا فنصيبه للمساكين ، وكذا إذا ردا جميعا ، ومن قبل بعد الرد لا يعود ، ومن أخذ سنة ليس له أن يرد بعد ذلك ، أما لو قال لا أقبلها سنة وأقبل ما سوى ذلك فإنه يجوز وحصته من هذه السنة للباقي من أهل الوقف ثم يشاركهم فيما بعدها ، ولو قبل سنين وسماها ليس له أن يردها بل يعدها على ولده ، وقوله على ولد فلان أبدا ماتناسلوا فردة الموجودون صار للفقراء ، فإذا جاء من بعدهم رجع من الفقراء إليهم إلا أن يرده ، ولورد واحد منهم فقط فالغلة كلها لمن قبل ويجعل من لم يقبل كالميت ، بخلاف ما لو أوصى بثلاثة لولد عبد الله وكانوا يوم مات أربعة فرد واحد فحصته لورثة الموصى ، وهذه مما افرق فيه الوصية والوقف ، والفرق ذكره هلال وغيره . وعلى فلان وولده فردة فلان لم يعمل رده في رد مال ولده صغيرا كانوا أو كبارا . وقف على ولده ثم للمساكين فلولد صلبه يستوى فيه الذكر والأنثى إلا أن ينحصر صنفا ما دام واحد منهم فالكل له ، فإن لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له

لا يشاركه من دونه من البطون ، فإن كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية ، وبه أخذ هلال ، وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية . ثم إذا ولد للواقف ولد لصلبه رجع من ابن الابن إليه ، ولو ضم إلى الولد ولد الولد فقال على ولدى وولد ولدى ثم للمساكين اشترك فيه الصليبيون وأولاد بنيهم وأولاد بناتهم ، كذا اختاره هلال والخصاف وصححه في فتاوى قاضيخان . وأنكر الخصاف رواية جرمان أولاد البنات وقال : لم أجد من يقوم برواية ذلك عن أصحابنا ، وإنما روى عن أبي حنيفة فيمن أوصى بثلاثة لولد زيد بن عبد الله ، فإن وجد له ولد ذكور وإناث لصلبه يوم يموت الموصى كان بينهم ، فإن لم يكن له ولد لصلبه بل ولد ولد من أولاد الذكور والإناث كان لولد الذكور دون البنات فكأنهم قاسوا على ذلك وهذه هي وزان المسئلة الأولى . وفرق شمس الأئمة بينها وبين هذه بأن ولد الولد اسم لمن ولده ولده وبنته ولده ، بخلاف قوله ولدى فإن ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية ، لأن اسم ولده يتناول ولده لصلبه ، وإنما وضع في ولد ابنته لأنه ينسب إليه عرفا . قال : وذكر محمد رحمه الله أن ولد الولد يتناول ولد البنت عند أصحابنا ، لكن ذكر المصنف في التجنيس أن الفتوى على ظاهر الرواية ؛ فقد اختلفوا في الاختيار ، والوجه الذي ذكر شمس الأئمة من صدق ولد الولد على ولد البنت صحيح من حيث اللغة ، لكن وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فإنه يتبادر من قول القائل ولد ولد فلان كذا وكذا ولد ابنته وكلام الواقفين منصرف إلى العرف فإن مخاطبتهم به ، بخلاف ما إذا لم يضاف إلى الولد كما يقال ولدت فلانة فإنه يقال أولدت ذكرا أو أنثى ؟ فإن هذا الاستفهام ظاهر في عدم فهم الذكر بخصوصه . وإذا عرف الاختلاف في دخول أولاد البنات في أولاد أولادى فيجب فيها لو قال على الذكور من أولادى وأولاد أولادى إدخال ابن البنت على الخلاف لا يدخل على ظاهر الرواية لأنه ليس ابن ولد الولد ، وعلى الرواية الأخرى يدخل ؛ ثم إذا انقرض ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ، ولو قال ولدى وولد ولدى وولد ولدى صرفت إلى أولاده أبدا ماتوا ، ولا يصرف للفقراء ما كان من نسله واحد ويستوى الأقرب والأبعد إلا أن يرتب الواقف ، ولو قال أولادى بلفظ الجمع يدخل النسل كله كذكر الطبقات الثلاث بلفظ ولدى ، ولو قال ولدى وأولادهم وله أولاد أولاد مات آبائهم قبل الوقف لا يدخلون مع أولاد الأولاد الموجودين ، لأنه لما قال بعد موت أولئك على أولادى وإنما أراد الموجودين وضمير أولادهم يرجع إليهم خاصة ، بخلاف أولادى وأولاد أولادى لا موجب لقصره على الأولاد الموجودين فتدخل أولاد الذين ماتوا من قبل معهم ، ولو قال أولادى وهم فلان وفلان وفلان وبعدهم للفقراء مات أحد الثلاثة أعطى نصيبه للفقراء لا للباقيين من إخوته ، بخلاف ما لو لم يقل فلان وفلان وفلان بل أولادى ثم الفقراء يصرف الكل للواحد إذا مات من سواه ، ولو قال على بنى وله ذكران صرف إليهما ، وإن كان واحد فله النصف والنصف الآخر للفقراء لأن أقل الجمع اثنان ، وإنما جعل مستحق كله اثنين : وعليه فرع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدى وليس في ولده محتاج إلا واحد أن النصف له والنصف الآخر للفقراء ، غير أنه يشكل بأولادى فإنه يصرف للواحد الكل إلا أن يكون عرف في أولادى يخالف كل جمع لمادة غيره كبنى والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير لفظ أولادى . ونقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما لو أعطى القيم نصيب الفقراء لواحد أجازاه أبو يوسف لأن الفقراء لا يحصون فكان المقصود الجنس . ومنعه محمد للجمعية فوجب إعطاء اثنين وتدخل البنات

في قوله بنى واختاره هلال . وعن أبي حنيفة اختصاص الذكور به . قال بعض المشايخ : في المسئلة روايتان انتهى . والوجه الدخول لما عرف في أصول الفقه ، وعليه بنوا قول المستأمن آمنوني على بنى تدخل البنات . قال في الخلاصة : وهذا إنما يستقيم في بنى أب يحصون ، أما فيما لا يحصون فيصح أن يقال هذه المرأة من بنى فلان انتهى يعنى فتدخل المرأة . بلا تردد : ولو لم يكن له إلا بنات صرفت الغلة للفقراء ، وعلى بناتى لا تدخل الذكور ، ثم المستحق من الولد كل من أدرك خروج الغلة عالقاً في بطن أمه ، حتى لو حدث ولد بعد خروج الغلة بأقل من ستة أشهر استحق ، ومن حدث إلى تمامها فصاعداً لا يستحق لأننا نتيقن بوجود الأول في البطن عند خروج الغلة فاستحق ، فلو مات قبل القسمة كان لورثته . وهذا في ولد الزوجة ، أما لو جاءت أمته بولد لأقل من ستة أشهر فاعترف به لا يستحق لأنه منهم في الإقرار على الغير : أعنى باقى المستحقين ، بخلاف ولد الزوجة فإنه حين يولد ثابت النسب . ولو مات الواقف من غير تخلل وقت يمكن فيه الرجوع إلى أهله فجاءت بولد لسنتين من يوم وقف استحق من كل غلة خرجت فيما بين ذلك ، وكذا لو طلقها عقب الوقف بلا تخلل مدة كذلك ، بخلاف ما إذا كان الموت والطلاق بعد زمان يمكن فيه الرجوع لاحتمال أنه من حمل حدث وخروج الغلة التي هي المناط وقت انعقاد الزرع حياً . وقال بعضهم : يوم يصير الزرع متقوماً ذكره في فتاوى قاضيخان ، وهذا في الحب خاصة : وفي وقف الخصاص يوم طاعت الثمرة ، وينبغي أن يعتبر وقت أمانه العاهة كما في الحب لأنه بالانعقاد يأمن العاهة وقد اعتبر انعقاده . وأما على طريقة بلادنا من إجارة أرض الوقف لمن يزرعها لنفسه بأجرة تستحق على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فيجب اعتبار إدراك القسط فهو كإدراك الغلة ، فكل من كان مخلوقاً قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق هذا القسط ومن لا فلا ، وهذا كله بخلاف ما لو قال على أصاغر ولدى أو العميان منها أو العور فإن الوقف يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعمى يوم الوقف لا يوم الغلة ، بخلاف الوقف على ساكنى البصرة مثلاً وبغداد يعتبر ساكنى البصرة يوم الغلة ، والأصل أن ما كان لا يزول فهو كالاسم العلم ، وكذلك إذا زال على وجه لا يحتمل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف ، بخلاف الفقر وسكنى البصرة يحتمل العود بعد الزوال . وأما من خرج بسقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه ؛ كما لو وقف على الأيامى على أن من تزوجت سقط سهمها فتزوجت بواحد ثم طلقت لا يعود إلا إن كان نص على ذلك ، وكل من مات من المستحقين إذا لم يبين الواقف حال حصته بعد موته يقسم على الباقيين ، فقد تنتقض القسمة في كل سنة ويعطى الغنى والفقير من الأولاد إلا أن يعين المحتاجين من ولده فيلزم ؛ فمن ادعى الحاجة منهم لا يعطى ما لم يشتهها عند القاضي ، ولو تعارضت بيننا فقره وغناه حرم تقديماً لبينة غناه لأنها أكثر إثباتاً . ومن ولد لأقل من ستة أشهر من وقت خروج الغلة لا يستحق عند هلال لأنه لا يوصف بالحاجة في بطن أمه ، ولذا لم يجعل نفقة الحامل في مال من في بطنها ، واستحق عند الخصاص لأنه كان مخلوقاً قبل مجيء الغلة ولا مال له . ولو لم يكن فيهم محتاج كان للمساكين ؛ ومن افتقر بعد الغنى رجع إليه الكل . وفي وقف الخصاص رحمه الله : لو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيراً يوم القسمة ولا أنظر إلى من كان فقيراً وقت الغلة ثم استغنى فأعطيه ، بخلاف من لم يكن موجوداً وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئاً بل بما بعدها ، وكذا

لو خص عيمان أولاده ونحوه تعينوا ، والمحتاج الذى يصرف إليه من تدفع إليه الزكاة ولا يكون له أرض أو دار يستغلها وإن لم تف غلتها بكفايته حتى يبيعها ويتفق ثمنها أو يفضل منه أقل من نصاب ، بخلاف الدار التى يسكنها وغبد الخلة وليس الموقوف عليهم الدار سكنها بل الاستغلال ، كما ليس للموقوف عليهم السكنى الاستغلال .

واعلم أنه إذا ذكر أولاده وأقاربه صحح للغنى والفقير منهم إلا أن يختص الفقراء كما ذكرنا . وأما غيرهم قال شمس الأئمة إذا ذكر مصرفا فيهم تنصيب على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون أو لا يحصون ، لأن المطاوب وجه الله تعالى . ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الأغنياء والفقراء ، فإن كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار أعيانهم ، وإن كانوا لا يحصون فهو باطل ، إلا إن كان فى لفظه ما يدل على الحاجة استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتمى فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون أغنيائهم ، فانبنى على هذه ماله وقف على الرجال أو النساء أو المسلمين أو الصبيان أو على مضر أو ربيعة أو على تميم أو بنى هاشم لا يجوز شئ من ذلك لانتظام الأغنياء والفقراء مع عدم الإحصاء ولا يميز فى الاستعمال . ونص الحنفية على أن الوقف على الزمنى والعميان والعوران باطل من قبل أن ينتظم الغنى والفقير وهم لا يحصون ، وكذا على قراء القرآن وعلى الفقهاء ، أو قال على أصحاب الحديث أو الشعراء كل ذلك باطل لما ذكرنا . والذى يقتضيه الضابط الذى ذكره شمس الأئمة أنه يصح على الزمنى والعميان . وقراء القرآن والفقهاء وأهل الحديث ، ويصرف للفقراء منهم كاليتمى لإشعار الأسماء بالحاجة استعمالا لأن العنى والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر ، وقد صرح فى الوقف على الفقهاء باستحقاق الفقراء منهم وهو فرع الصحة ، والمسئلة المذكورة فى آخر فصل المسجد من الهداية تفيد ذلك ، وهى ما إذا جعل غلة أرضه وقفا على الغزاة أنه يصح ويصرف إلى فقراء الغزاة مع أن اسم الغزاة ينتظم الغنى والفقير وهم لا يحصون غير أنه يشعر بالحاجة ، ونص فى وقف هلال على جوازهم على الزمنى ويندفع لفقرائهم . وصرح فى وقف الحنفية بصحة الوقف على أرامل بنى فلان ، وأنه لكل أرملة كانت يوم الوقف أو خلعت سواء كن يحصين أو لا ، وهو للفقراء منهن إذا كانت بالغة ، قن أعطى منهن أنجزاً . والأرملة المستحقة : كل بالغة كان لها زوج وطلقها أو مات . وخالفوا فى الأياى ، فإذا وقف على أياى بنى فلان وبعدهن للمساكين أو أياى قرابتي إن كن يحصين فالوقف جائز وغناه للغنى والفقيرة ، وإن كن لا يحصين لم يجوز الوقف فيكون للمساكين . والأيم المستحقة : كل أنثى جومت ولو بفجور ولا زوج لها بالغة أو لا . ولو قال على كل ثيب من بنى فلان أو من قرابتي فإن كن يحصين جاز لمن ولكل من يحدث منهن ، وإن كن لا يحصين فى وقت قسمة من القسم فهو باطل والغلة للمساكين . والثيب : كل من جومت ولو بفجور ولها زوج أو لا وإن لم تبلغ ، ولأبكار قرابتي أو بنى فلان ، فإن كن يحصين فهو لمن ولمن يحدث أبدا ، وإن كن لا يحصين فالوقف عاين باطل وهو للمساكين . والبكر : من لم تنجم وإن كانت العذرة زائلة . وفى كل ما لا يحصى ممن ذكرنا أنه لا يصح معه الوقف لو قيد فقال للفقراء منهن جاز ، ومن أعطى أجزاء كالوقف على الأقارب . وقف على أهل بيته ثم المساكين دخل الغنى والفقير ممن يناسبه إلى الأب الذى أحرك الإسلام أسلم ذلك الأب أو لا ممن كان موجودا حال الوقف أو حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لأقل من ستة أشهر من محبى الغلة ، ولو كانوا مرقوقين لقوم أو كفار أو ذميين ، ولا يدخل فى ذلك الأب ويدخل

كتاب البيوع

أبو الواقف وأجداده وولده لصلبه وأولاد الذكور منهم وإن سفلوا ، ولا تدخل أبناء البنات من ولده إلا إذا كان آبائهم ممن يناسبه إلى ذلك الجد الذي أدرك الإسلام ، ولا يدخل الواقف ولا أولاد عمانه ولا أولاد أخواته إذا كان آبائهم من قوم آخرين . وقوله على آلى وجنسى كأهل بيتي ولا يخص الفقراء منهم إلا إن خصهم ، وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر منهم سواء حيث يكون لمن يكون فقيرا وقت الغلة وإن كان غنيا وقت الوقف ، ولا يتقيد بمن كان غنيا فافتقر على الصحيح . ولو وقف على قرابته فهو لمن يناسبه إلى أقصى أب في الإسلام من قبل أبيه . أو إلى أقصى أب له في الإسلام من قبل أمه ، لكن لا يدخل أبو الواقف ولا أولاده لصلبه . وفي دخول الجد روايتان ، وظاهر الرواية لا يدخل . ويدخل أولاد البنات وأولاد العمات والحالات والأجداد الأعوان والجدات ورحمى وأرحامى وكل ذى نسب منى كالقرابة . وعلى عيالى يدخل كل من كان في عياله من الزوج والولد والجدات ومن كان يعوله من ذوى الرحم وغير ذوى الرحم . وإذا عرف هذا ، فلو قال على أهل بيتي فإذا انقضوا فعلى قرابتي فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن يناسبه من قبل أبيه . ولو عكس فقال على قرابتي فإذا انقضوا فعلى أهل بيتي لم يصح ، ومثله لو قال على إخوتي فإذا انقضوا فعلى إخوتي لأبي وله إخوة متفرقون إذ بعد انقراض الكل لا يبقى له أخ فيكون بعد انقضائهم للمساكين وعلى جيرانه يجوز ، ثم هم عند أبي حنيفة رضى الله عنه الملاصقون فهو لجميع من في كل دار لاصقته من الأحرار ، ولو كانوا أهل ذمة والعميد بالسوية قربت الأبواب أو بعدت : وعند أبي يوسف هم الذين تجمعهم محلة واحدة أو مسجد واحد ، فإن جمعهم محلة واحدة وتفرقوا في مسجدين فهي محلة واحدة إن كان المسجدان صغيرين متقاربين ، فإن تباعدا وكان مسجد عظيم جامع فكل أهل مسجد جيران دون الآخرين . وقال محمد : هم الملازقون للسكان سواء كانوا مالكين للدار أو لا ، وسيأتى بقية هذا إن شاء الله تعالى ، ولا يدخل الأرقاء ومن انتقل من الجوار على الخلاف في الجار بطل حقه من الوقف :

كتاب البيوع

عرف أن مشروعات الشارع منقسمة إلى حقوق الله تعالى خالصة ، وحقوق العباد خالصة ، وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب ، وما اجتمعا فيه وحق العباد غالب : فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات ،

كتاب البيوع

لما فرغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقى منها ، وذكر البيوع بعد الوقف لأن كلا منهما مزيل للملك والبيع في اللغة تملك المال بالمال ، وزيد عليه في الشرع فقيل : هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب . وهو من الأضداد لغة : واصطلاحا يقال : باع الشيء إذا

كتاب البيوع

(قوله فقيل هو مبادلة الخ) أقول : سيصرح الشارع في فصل في البيع من كتاب الوكالة بأن هذا الحدس كل واحد من البيع والشراء ، فكل ماصدق عليه هذا الحدس بيع من كل وجه وشراء من كل وجه قرأه .

فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخالصة وغيرها حتى أتى على آخر أنواعها ، ثم شرع في حقوق العباد وهي المعاملات ، ثم في ترتيب خصوص بعض الأبواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت في مواضعها ، ووقع في آخرها ترتيب أول أقسام حقوق العباد : أعنى البيع على الوقف . ووجهه أن الوقف إذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا إلى مالك : وفي البيع إلى مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب ، والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدمه في التعليم ، هكذا ذكر . ولا يخفى شروعه في المعاملات من زمان ، فإن ما تقدم من اللقطة والقيط والمفقود والشركة من المعاملات . ثم البيع بمصلر ؛ فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع ، وقد يراد به المعنى وهو الأصل فيجمعه باعتباره أنواعه ، فإن البيع يكون سلما وهو بيع الدين بالدين ، وقلبه وهو البيع المطلق ، وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن ، ومقايضة وهو بيع العين بالعين وبخيار ومنجز أو مؤجل الثمن ، ومراوحة وتولية ووضع غير ذلك . والبيع من الأضداد ؛ يقال باعه : إذا أخرج العين عن ملكه إليه ، وباعه : أي اشتراه ، ويتعلق بنفسه وبالحرف ، باع زيد الثوب وباعه منه . وأما مفهومه لغة وشرعا فقال فخر الإسلام : البيع لغة : مبادلة المال بالمال ، وكذا في الشرع ، لكن زيد فيه قيد التراضي اهـ . والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضا ، فإنه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده إلا أنه استبدل به بالتراضي ، وأن الأخذ غصبا وإعطاء شيء آخر من غير تراضي لا يقول فيه أهل اللغة باعه . وشرعية البيع بالكتاب وهو قوله تعالى - وأحل الله البيع - والسنة وهي قوله عليه الصلاة والسلام « يامعشر التجار إن بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشويوه بالصدقة » وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتبايعون فقرهم عليه . والإجماع منعقد عليه . وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل ، وذلك أن الإنسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته من حرث الأرض ثم بلر التمع وخلمته وحراسته وحصله ودراسته ثم تربيته ثم تنظيفه وطحنه بيده وعجنه وخبره لم يقدر على مثل ذلك ، وفي الكتان والصوف لليسه وبناء ما يظله من الحر والبرد إلى غير ذلك ، فلا بد من أن تدفعه الحاجة إلى أن يشتري

شراه ، ويقال باعه الشيء وباع منه ، ولاشتماله على الأنواع الآتي ذكرها جمعه ، وجوازه ثابت بالكتاب بقوله تعالى - وأحل الله البيع - وبالسنة فإنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقرهم على ذلك ، والتقرير أحد وجوه السنة ، وبالإجماع فإنه لم ينكره أحد من الملمين وغيرهم ، وبالمعقول وهو سلب شرعيته ، فإن تعلق البقاء المقذور بتعاطيها يدل على ذلك ، وقد بينا ذلك في التقرير . وركنه الإيجاب والقبول أو ما دل على ذلك . وشرطه من جهة العاقلين العقد والتمييز ، ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدورا للتسليم . وحكمه إفادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا ، فلا يشكل بتصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع فإنه ممتنع مع كونه ملكا له لأن ذلك التصرف ليس بشرعي مطلقا لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع مالم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع ، وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة في البخارية والخيارات بطريق الضمن . وأنواعه باعتبار المبيع أربعة : بيع السلع بمثلها ويسمى مقايضة . وبيعها بالدين : أعنى الثمن .

(قوله فإن تعلق البقاء المقذور) أقول : من القدر (قوله ومن جهة المحل كونه مالا متقوما) أقول : التقوم شرط البيع الصحيح والكلام فيها يعم القاسد أيضا (قوله بيع السلع الخ) أقول : المراد بالسلعة ما يتجر به مطلقا عروضا أو عقارا لا ما يقابل المقار فلا يتغل الحضر ، وسيجيء في هذا الكتاب بعد وقتين تسمى السلع للورد والعميد والثياب .

قال (البيع) يتعقد بالإيجاب والقبول

شيئا ويتبدى مزاولة شيء ، فلو لم بشرع البيع سببا للملك في البدلين لاحتاج أن يؤخذ على التغالب والمقاهرة أو السؤال والشحاذة أو يصبر حتى يموت . وفي كل منها مالا ينحى من الفساد . وفي الثاني من الذل والصغار مالا يقلر عليه كل أحد ويزرى بصاحبه : فكان في شرعيته بقاء المكلفين المحتاجين ودفع حاجتهم على النظام الحسن . وشرطه في المباشرة : التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة وغير ذلك . فصيح بيع الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره . وفي المبيع كونه مالا متقوماً شرعاً مقدور التسليم في الحال أو في ثاني الحال فيدخل السلم . وقد قالوا شروطه : منها شرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون المبيع متقوماً . ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية ، حتى إذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الإجازة ممن له الولاية . وأما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال على الرضا يتبادل الملك فيهما . وهذا مفهوم الاسم شرعاً ، وقد يكون ذلك الفعل قولاً . وقد يكون فعلاً غير قول كما في التعاطي كما سيأتى ، وقد يكون الرضا ثابتاً وقد لا يكون فإن لفظ بعث مثلاً ليس علة لثبوت الرضا بل أمانة عليه ، فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للمطر ، فكذا يتحقق بعث واشترت ولا رضا كما في بيع المكروه ، وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعى بل شرط ثبوت حكمه شرعاً (قوله البيع يتعقد بالإيجاب والقبول) يعنى إذا سمع كل كلام الآخر . ولو قال البائع لم أسمعه وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ، ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعى الخاص المعلوم حكمه . وإنما قلنا هذا لأنه قال يتعقد بالإيجاب والقبول فجعلهما غيره يثبت هو بهما مع أن البيع ليس إلا الإيجاب والقبول لأنهما ركناه على ما حققناه آنفاً من أن ركنه الفعل الدال إلى آخره . هذا ولكن الظاهر أن المراد بالبيع هنا ليس إلا نفس حكمه لا معنى له ذلك الحكم . وما قيل البيع عبارة عن معنى شرعى يظهر في المحل عند الإيجاب والقبول حتى يكون العاقد قادراً على التصرف ليس غير الحكم الذى هو الملك لأنه هو الذى يثبت به قدرة التصرف ، فالمتحقق من الشرع ليس إلا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكين عند وجود الفعلين : أعنى الشطرين بوضعهما سبباً له شرعاً وليس هنا شيء ثالث ، فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداءً على التصرف فخرج نحو الوكيل ، فإذا امتنع أن يراد الفعل الخاص لزم الآخر . والإيجاب لغة الإثبات لأى شيء كان ، والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أو لا سواء وقع من البائع كبعت أو من المشتري كأن يتبدى المشتري فيقول اشترت هذا بألف والقبول الفعل الثانى وإلا فكل منهما إيجاب ، أى إثبات ، قسمى الإثبات الثانى بالقبول تمييزاً له عن الإثبات الأول ، ولأنه يقع قبولا ورضاً بفعل الأول ، وحيث لم تصح إرادة اللفظين بالبيع بل حكمهما وهو الملك في البدلين وجب أن يراد بقوله يتعقد يثبت : أى الحكم ، فإن الانعقاد إنما هو للفظين لا للملك

وبيع الثمن بالثمن كبيع التقدين ويسمى الصرف . وبيع الدين بالدين ويسمى سلماً . وباعتبار الثمن كذلك المساومة ، وهى التى لا تلتفت إلى الثمن السابق ، والمراخمة ، والتولية ، والوضعية وسيأتى تفسيرها . قال رحمه الله (البيع يتعقد بالإيجاب والقبول) الانعقاد هاهنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل . والإيجاب الإثبات ، ويسمى ماتقدم من كلام العاقدين إيجاباً لأنه يثبت للآخر خيار القبول ، فإذا قبل يسمى كلامه قبولا . وحيث لا خفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم إيجاباً والمتأخر قبولا . وشرطه أن يكون الإيجاب والقبول بلفظين (قال المصنف : البيع يتعقد بالإيجاب والقبول الخ) أقول : يحىء من المصنف في آخر باب ما تجب فيه الشفعة ومالا تجب أن حد البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي .

إذا كانا بلفظي الماضي (مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر اشتريت ، لأن البيع إنشاء تصرف والإنشاء يعرف بالشرع والموضوع للإخبار قد استعمل فيه فينعتقد به. ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل والآخر لفظ الماضي ،

أي انضمام أحدهما إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي ، وقولنا في القبول إنه الفعل الثاني يفيد كونه أعم من اللفظ وهو كذلك ، فإن من القروع ما لو قال كل هذا الطعام بلزهم فأكله تم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع أركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع ، وكذا إذا قال بعثته بألف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا ، بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتي ، ففي جعل مسألة القبض بعد قوله بعثتك بألف من ضرور التعاطي كما فعل بعضهم نظر : وفي فتاوى قاضيخان قال : اشتريت منك هذا بكذا فتصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرقا جاز ، وكذا اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قميصا فقطعه قبل التفرق . وقوله (إذا كانا بلفظ الماضي مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر اشتريت) قال المصنف (لأن البيع إنشاء تصرف) أي إثبات تصرف يفيد حكما يثبت جبرا (والإنشاء) على هذا الوجه لا (يعرف) إلا (بالشرع) لما فيه من إثبات معنى يكون اللفظ علة له والعبد لا يقدر على ذلك إنما له قدرة الإخبار عن الكائن أو ماسيكون وطلبه ، فقولهم من الإنشاء التخي والترجي والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية ما لا خارج لمعناه يطابقه أو لا يطابقه إنشاء وهو يعم ما ذكر وغيره مما يباينه ، ألا ترى أن لفظ لعل زيدا يأتي وليت لي ما لا ليس علة لترجي ذلك أو تمنيه بل دال على الترجي والتخي القائمين بالمتكلم كأنه أخبر عن قيامهما به : غير أن أهل الاصطلاح لا يسمونه إخبارا لما قلنا ، بخلاف بعث وطالق فإنه علة تثبت به شرعا معان لا قدرة للمتكلم على إثباتها . والحاصل أن الإنشاء على هذا الوجه لا يمكن إلا بمن له الخلق والأمر تبارك الله رب العالمين ، سواء سمي غيره إنشاء اصطلاحا أو لا ، وإذا كان الإنشاء لا يعرف إلا بالشرع ولم يوضع له في اللغة لفظ يخصه . والشرع استعمل في إثباته من اللغة لفظ الخبر : أي وضعه علة لإثباته تعزى ذلك المعنى عنده فينعتقد : أي يثبت به . وأما تعليله بأن لفظ الماضي أدل على الوجود فإنه لا يصدق إلا بتحقيق الوجود سابقا فاختر له فرما يعطى قصر العلية عليه وليس كذلك ، بل الوجه أنه تعليل أولوية لفظ الماضي بأن يستعمل فيه من غيره فإنه لا يقتصر عليه كما استسمع (قوله ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل ،

ماضيين مثل أن يقول الموجب بعث والنجيب اشتريت لأن البيع إنشاء تصرف شرعي ، وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع ، فالبيع يعرف به ، أما أن البيع إنشاء فلأن الإنشاء إثبات مالم يكن ، وهو صادق على البيع لاحالة ؛ وأما كونه شرعا فلأن الكلام في البيع شرعا ، وأما أن كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لأن تلقى الأمور الشرعية لا يكون إلا منه والشرع قد استعمل الموضوع للإخبار لغة في الإنشاء فينعتقد به ، هذا تقرير كلام الشيخ رحمه الله فلا يد من ضم شيء إلى ذلك وهو أن يقال : وكان استعماله بلفظ الماضي وإلا لا يتم الدليل وهو ظاهر . قال رحمه الله (ولا ينعقد بلفظين : أحدهما الماضي ، والآخر بلفظ المستقبل) وإنما لا ينعقد بذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتضرا عليه ، ولأن لفظ

(قوله والشرع قد استعمل الموضوع للإخبار الخ) أقول : يجوز أن يقال : أراد الشيخ بالموضوع للإخبار المهود وهو لفظ الماضي ، والمراد بالإخبار الإخبار عن الكائن .

بمخلاف النكاح ، وقد مر الفرق هناك .

بمخلاف النكاح (فإنه إذا قال زوجني فقال زوجتك يتعقد بمجرد ذلك ، أما البيع فإذا قال بعنيه بألف فقال بعثك لا يتعقد حتى يقول الأول اشتريت ونحوه ، وهذا ونحوه مما قال الطحاوي إنه يتعقد بثلاثة ألفاظ . قال (وقد مر الفرق هناك) يعني قوله لأن هذا توكيل : يعني زوجني ، فإذا قال زوجتك كان ممثلاً أمر الموكل مزوجاً له وولياً لمن زوجها والواحد يتولى طرفي عقد النكاح ، بمخلاف البيع ، وقدمنا من قال إن لفظة الأمر في النكاح جعلت لإيجاباً لأن النكاح لا يصرح بالخطبة فيه ، وطلبه إلا بعد مراجعات وتأمل واستخارة غالباً فلا يكون لنظر طلبه : أعني زوجني مساومة بل تحقيقاً فاعتبر لإيجاباً ، بمخلاف البيع لا يكون مسبوقاً بمثل ذلك فكان الأمر فيه مساومة فلا يتم العقد بمجرد جواب الآخر ، وعلى هذا لا يتم فرق المصنف لأنه مبني على كونه توكيلاً . وأما الفرق بأن رد النكاح يعد لإيجابه يلحق الشين بالأولياء ، بمخلاف رد البيع فبني على جعل الأمر فيه لإيجاباً . ثم فيه نظر ، لأنه لو صرح أن رد النكاح يعد لإيجابه يلحق الشين بالأولياء ، بمخلاف رد البيع فبني على جعل الأمر فيه لإيجاباً . وهذه ثمانية مواضع : منها البيع ، والإقالة لا يكتفى بالأمر فيهما عن الإيجاب . ومنها النكاح والخلع يقع فيهما لإيجاباً . الخامسة إذا قال لعبدك اشتر نفسك مني بألف فقال فعلت عتق . السادسة في الهبة قال هب لي هذا فقال وهبته منك تمت الهبة . السابعة قال لصاحب الدين أبرئني عما لك علي من الدين فقال أبرأتك تمت البراءة . الثامنة الكفالة قال اكفل بنفس فلان لفلان فقال كفلت تمت الكفالة ، فإذا كان غائباً فقدم وأجاز كفالته جاز . واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقاً على نية الحال ، أما إذا تصادقاً على نية البيع في الحال فيتعقد به في القضاء لأن صيغة الاستقبال تحمل الحاك فيثبت بالنية . ذكره في التحفة في صفة الاستقبال مطلقاً . وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال : الصحيح ما ذكره الطحاوي لأن المضارع في الأصل

المستقبل إن كان من جانب البائع كان عدة لا يبيع ، وإن كان من جانب المشتري كان مساومة . وقيل هذا إذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلاً بدون نية الإيجاب في الحال . وأما إذا كان المراد ذلك فيتعقد البيع وأسند ذلك إلى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي . ثم قيل في تعليقه ؛ لأن صيغة الاستقبال تحمل الحال فصحت النية . وقيل لأن هذا اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال ضرب تجوز ، وفيه بحث لأن المذكور لفظ المستقبل ، وهو إنما يكون بالسين أو سوف وهو لا يحمّل الحال ولا وضع له ، فإن أراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به ، ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل ، وإن أراد ما يحمّل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز أن يقال إنه لم يقل بالجواز به وإن كان بالنية لأنها إنما تعمل في الاحتمالات لا في الموضوعات الأصلية ، والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج إلى النية ولا يتعقد به لما مر من الأثر والمعقول . لا يقال : سلمنا أنه حقيقة في الحال لكن النية إنما هي لدفع المحتمل وهو العدة لإرادة الحقيقة ، لأن المعهود أن الحجاز يحتاج إلى ما ينفي إرادة الحقيقة لا أن الحقيقة تحتاج إلى ما ينفي إرادة الحجاز على أنه دافع للمعقول دون الأثر . فإن قيل : فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي ؟ فالجواب أن يقال : المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ الماضي والمضارع فيها محجاز فيحتاج إلى النية . فقوله (بمخلاف النكاح) يعني أنه يتعقد بذلك ،

(قوله والنعل المضارع عند الخ) أقول : في جميع العقود أو في غير البيوع ، والأول مخالف لما ذكره في توجيه كلام شرح الطحاوي والثاني لا يتم به التقريب (قوله هو اللفظ الماضي) أقول : أي في البيوع (قوله والمضارع فيها محجاز) أقول : ضمير فيها راجع إلى الحال ، وكذلك ضمير فيها من قوله والحقيقة الشرعية فيها راجع إلى الحال أيضاً .

وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو خذه بكذا في معنى قوله بعث واشترت لأنه يؤدي معناه ، والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ،

موضوع الحال ووقوعه في الاستقبال نوع تجوز هـ . وعلى هذا ينبغي أن يقبل قوله إذا ادّعه وكذبه الآخر لأنه حقيقة اللفظ ، بخلاف المستقبل وهو الأمر ، فلو ادعى في قوله يعني أنه أراد معنى اشترته بكذا ينبغي أن لا يصلح له القاضي ؛ مثال ذلك أن يقول : أبيع منك هذا بكذا أو أعطيكه فقال اشترته أو آخذه ونوبا الإيجاب للحال ، والحق أن المراد بالمستقبل الذي ينعقد به بنية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على أحد القوانين ، وإلا فالخيار أنه موضوع للحال ، وأما الأمر فلا يوجد في شيء من الكتب التمثيل به لذلك مع أنه هو المستقبل في الحقيقة ، وذلك لأنه إنشاء وبينه وبين الإخبار كمال انقطاع فلا يتجوز به فيه ، فلا يقال بعنيته والمراد اشترته فلا ينعقد به إلا في قوله خذه بكذا فينعقد لثبوت الإيجاب اقتضاء ، ومثل الأمر المضارع المقرون بالسين نحو سأبيعك فلا يصح بيعا ولا يتجوز به في معنى بعثك في الحال ، فإن ذكر السين يناقض إرادة الحال . واعلم أن كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع مخصوص منه الأب يشتري مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه ، والوصي عند أبي حنيفة إذا اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف في باب الوصية ، وقيدته في نظم الزندوستي بما إذا لم يكن نصيبه القاضي (قوله وقوله رضيت) هذا بدرهم فقال بعثك وقال اشترته بدرهم فقال رضيت أو قال بعثك بكذا فقال فعلت أو أجزت أو أخذت كل هذه الألفاظ من قبل البائع أو المشتري يتم بها البيع لإفادتها إثبات المعنى والرضا به ، وكذا لفظة خذه بكذا ينعقد به إذا قبل بأن قال أخذته ونحوه لأنه وإن كان مستقبلا لكن بخصوص مادته : أعني الأمر بالأخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي إلا أن استدعاه الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضاء ، فهو كما إذا قال بعثك عدي هذا بألف فقال فهو حرّ عتق ويثبت اشترت اقتضاء ، بخلاف ما لو قال هو حرّ بلا فاء لا يعتق . وإنما صح بهذه ونحوها (لأنها تؤدي معنى البيع ، والمعنى هو المعتبر في هذه العقود) ألا يرى إلى ما قالوا لو قال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار أو هذا العبد بثوبك هذا فرضي فهو بيع بالإجماع . قالوا : إنما قال في هذه العقود احتراز عن الطلاق والعتاق فإن اللفظ فيهما يقع مقام المعنى ، وأنت تعلم أن إقامة اللفظ مقام المعنى أثر في ثبوت حكمه بلا نية ليس غير ، فإذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه إلا إذا أراد به وحيث فلا فرق بين بعث وأبيع في توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعث هزلا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل ، ثم تقييده بما إذا لم ينو به فإنه ينعقد به في الماضي وغيره بالنية ، ولا ينعقد بالماضي وغيره بلا نية . ومن الصور

فإن أحدهما إذا قال زوجني فقال الآخر زوجتك انعقد ، وقد مر الفرق هناك ، وهو ما قال إن هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح . قال رحمه الله : وقوله (رضيت أو أعطيتك) هذا لبيان أن انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعث واشترت ، بل كل ما دل على ذلك ينعقد به ، فإذا قال بعث منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيتك الثمن أو قال اشترت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيت : أي المبيع بذلك الثمن انعقد لإفادة المعنى المقصود ، وكذا إذا قال اشترت هذا منك بكذا فقال خذه : يعني بعث بذلك فخذه لأنه أمره بالأخذ بالبدل وهو لا يكون إلا بالبيع فقدّر البيع اقتضاء قصار كل ما يؤدي معنى بعث واشترت سواء في انعقاد البيع به لأن المعنى هو المعتبر في هذه العقود ، وقيدته بذلك لأن بعض العقود قد يحتاج إلى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة إذا (قوله لأن المعنى هو المعتبر الخ) أقول : فيه أن الاعتبار في المفاوضة أيضا للمعنى كما صرح به المصنف هناك ، ومما ساس الحاجة إلى اللفظ إنما هو لبعده عن علم العوام .

ولهذا ينعقد بالتعاطى فى النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقيق المراضاة .

لفظة نعم تقع إيجاباً فى قول المستفهم أتبيعنى عبدك بألف فقال نعم فقال أخذته فهو بيع لازم ، وكذا أبيعك . ومنها اشتريته منك بألف فقال نعم أو هات الثمن انعقد ، وكذا إذا قال هذا عليك بألف فقال فعلت ؛ ولو قال هو لك بألف إن وافقك أو إن أعجبك أو إن أردت فقال وافقنى أو أعجبنى أو أردت انعقد ، ولو قال بعته بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح ، وكذا على العكس ، وكذا إذا قال بعد معرفة الثمن إن أدبت ثمنه فقد بعته منك فأدى فى المجلس جاز استحساناً .

[فروع : فى اختلاف الإيجاب والقبول] قال بعته بألف فقال اشتريته بألفين جاز ، فإن قبل البائع الزيادة ثم بألفين ، والأصح بألف إذ ليس له ولاية لإدخال الزيادة فى ملكه بلا رضاه ؛ ولو قال اشتريته بألفين فقال البائع بعته بألف جاز كأنه قبل بألفين وحط عنه ألفا ، ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم يمنعه لزم بعشرة ، فلو كان فى يد المشتري من أول الأمر فذهب به والباقي بحاله فبعشرين عندهم جميعاً . وقال الطحاوى : يلزم بأخبرهم كلاماً مطلقاً . ولو قال بعته بألف بعته بألفين فقال قبلت الأول بألف لم يجوز لأن البائع قد ربح عنه ، وليس هكذا فى الطلاق والعتاق ، فإن قال قبلت البيعين جميعاً بثلاثة آلاف فهو كتوله قبلت الآخر بثلاثة آلاف : يعنى يكون البيع بألفين والألف زيادة إن شاء قبلها فى المجلس وإن شاء ردها ، وكذا بألف بمائة دينار إنما يلزمه الثانى ، وقيل يلزمه الثمان والأول فى الزيادات وهو أوجه ، وإذا قبل الزيادة فى المجلس لزم المشتري (قوله ولهذا ينعقد) أى ولأن المعتبر هو المعنى ينعقد (بالتعاطى فى النفيس والخسيس) قيل النفيس نصاب السرقة فصاعداً والخسيس مادونه (وقوله هو الصحيح) احتراز من قول الكرخى إنه إنما ينعقد بالتعاطى فى الخسيس فقط وأراد بالخسيس الأشياء المحترقة كالبقول والريغيف والبيض والجوز استحساناً للعادة . قال أبو معاذ : رأيت سفيان الثوري جاء إلى صاحب الرمان فوضع عنده فلساً وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى : وجه الصحيح أن المعنى وهو دلالة على التراضى يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل . وفى الإيضاح : هو خلاف ما ذكره محمد فى الأصل فى مواضعه . وفى شرح الجامع الصغير لفخر الإسلام فى رجل قال لرجل : يعنى هذا العبد لفلان فاشتراه له ، ثم أنكروا أن يكون فلان أمره بذلك ثم جاء فلان فقال أنا أمرته ، قال يأخذه فلان ، فإن قال لم أمره وقد كان اشتراه له لم يكن له إلا أن يسلمه المشتري له ، فإن سلمه وأخذه الذى اشتراه له كان بيعاً للذى أخذه من المشتري وكان العهدة عليه : أى للأخذ على المشتري فدل على صحة التعاطى فى النفيس . وفى المتن : له على آخر ألف درهم فقال الذى عليه المال للذى له المال أعطيك بمالك دنائير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فازقه فجاء بها فدفعها إليه يريد الذى كان ساوم عليه ثم فازقه ولم يستأنف بيعاً جاز هذه الساعة ، وكذا لو ساوم رجلاً بشيء وليس معه وعاء ثم فازقه وجاء بالوعاء فأعطاه الثمن وكال له جاز . ومن صورته إذا جاء المودع بأمة غير المودعة

لم يبيننا جميع ما تقتضيه (ولهذا) أى ولكون المعنى هو المعتبر فى هذه العقود (ينعقد البيع بالتعاطى فى النفيس والخسيس لتحقيق) المقصود وهو التراضى . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخى البيع ينعقد بالتعاطى فى الخسيس كالقبول وأمثاله : ثم إن محمداً رحمه الله أشار فى الجامع الصغير إلى أن تسليم المبيع يكفى فى تحقيقه .

(قال المصنف : لتحقيق المراضاة) أقول : سيصرح فى باب الوكالة بالشراء بكفاية التسليم على وجه البيع للتعاطى وإن لم يوجد فقد الثمن . وفى النهاية فى فصل ما يتحمله الشاهد : التعاطى بيع حكى وليس ببيع تحقيق .

قال (وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء ردّ ، وهذا خيار القبول ، لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه ، وإذا لم يفسد الحكم بدون قبول الآخر فاللزم واجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن إبطال حق الغير ، وإنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر .

وقال هذه أمتك والمودع يعلم أنها ليست إياها وخلف فأخذها حل الوطاء للمودع وللأمة . وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطائتي فحلف الخياط أنها هي وسعه أخذها . ومنها قول اللدال للبرّاز هذا الثوب بدرهم فقال ضعه . وفي أجناس الناطقي : لو قال بكم تبيع قميص حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع . وكذا لو قال للقصاب مثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع . حتى لو امتنع القصاب من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع القصاب من دفع اللحم أجبرهما القاضي . وكذا إذا قال زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرتال بدرهم فوزن . بخلاف ما لو قال زن لي ثلاثة أرتال فوزنها له الخيار لأنه ليس بمعلوم ، بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ ، وكذا قوله لمن جاء بوقر بطيخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة واختارها فذهب بها والبائع ينظر ، أو عزل البائع عشرة فقبلها المشتري تم البيع . واختلف في أن قبض البديلين شرط في بيع التعاطي أو أحدهما كاف ، والصحيح الثاني . ونص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البديلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع . ونصه في الجامع على أن تسليم المبيع يكفي لا ينفى الآخر . ومنها لورد بخيار العيب والبائع متيقن أنها ليست له فأخذها ورضى فهو بيع بالتعاطي (قوله وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار وهذا خيار القبول إن شاء قبل وإن شاء ردّه) وللموجب أيهما كان بائعا ومشتريا أن يرجع قبل قبول الآخر عن

قال رحمه الله (وإذا أوجب) إذا قال البائع مثلا بعثك هذا بكذا فالآخر بالخيار ، إن شاء قال في المجلس قبلت ، وإن شاء ردّ ، وهذا يسمى خيار القبول ، وهذا لأنه لو لم يكن مختارا في الرد والقبول لكان مجبورا على أحدهما وانتفى التراضي ، فافرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف ، وإذا كان لإيجاب أحدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للموجب أن يرجع عن إيجابه لخلوه عن إبطال حق الغير . فإن قيل : سلمناه أن لإيجاب أحدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك فإن حق التملك ثبت للمشتري بإيجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خاليا عن إبطال حق الغير . فالجواب أن الإيجاب إذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشتري إن سلم ثبوته بإيجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها أقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما إذا دفع الزكاة إلى الساعي قبل الحول ، فإن المزكي لا يقتل على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمندفوع ، لأن حقيقة الملك زالت من المزكي فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو أقوى منه (قوله وإنما يمتد إلى آخر المجلس) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الإيجاب عقيب خلوه عن القبول أو لم يتوقف على ما وراء المجلس . وتقرير الجواب أن في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشتري ، وفي إبقائه فيما وراء المجلس عسرا بالبائع ، وفي التوقف على المجلس يسرا بهما جميعا ، والمجلس جامع

(قوله وهذا لأنه لو لم يكن مختارا في الرد والقبول) أقول : أنت خير بأننا لم نفرض في صورة الرد بهما حق يلزم خلاف المفروض ، مع أن صورة الرد لم يتعرض لها المصنف ولا يتعلق بها الفرض ، فالأولى في التعليل طي ذكره من البين ، أو يقال في التعليل يلزم أن لا يوجد بيع أصلا فليتأمل (قوله فافرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف) أقول : إنما يلزم ذلك إذا كان انتفاء التراضي مستلزما لانتفاء البيع وهو متبوع ؛ ألا يرى أن بيع المكره منقذ (قوله فالجواب أن الإيجاب الخ) أقول : الظاهر أن هذا جوابه بتغيير الدليل .

والكتاب كالخطاب ، وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب

الإيجاب لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى ، لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك والموجب هو الذى أثبت له هذه الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل ؛ ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك ، فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الإجماع تنفيه ؛ ألا يرى أن للأب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد أن يتصرف فيه كيف شاء ؛ ولو صادف ردّ البائع قبول المشتري بطل ؛ وأورد في الكافي الزكاة المعجلة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير . وحاصل جوابه أن الأصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب . وإنما الغائث وصفه وهو النماء فيغدأ أخذ السبب حكمه ثم الأمر ؛ وفيما نحن فيه لم يوجد الأصل بل شرطه فلا يكون البيع موجودا ، وله أن يقبل مادام المجلس قائما ، فإن لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد ، واختلافه باعتراض ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه . أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشى جمع أنه لا يصبح القبول بعد ذلك ، وإليه ذهب قاضيه خان حيث قال : فإن قام أحدهما بطل : يعنى الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض . فإن قيل : الصريح أقوى من الدلالة ، فلو قال بعد القيام قبلت ينبغى أن لا يثبت الإعراض . قلنا الصريح إنما كان أقوى ، ويعمل إذا بقي الإيجاب بعد قيامه ؛ وهنا لم يبق فإن الأصل أن لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ، ولا يجتمع قوله قبلت به إلا أن للمجلس أثرا في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس . وقال شيخ الإسلام في شرح الجامع : إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح وإليه أشير في جمع المتأريق ، وهذا شرح لقوله فيما يأتي وأيهما قام إلى آخره ، وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما إذا تباعا وهما يعيشان أو يسيران لو كان على دابة واحدة فأجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية ، واختار غير واحد كالطحاوى وغيره أنه إن أجاب على فور كلامه متصلا جاز . وفي الخلاصة عن النوازل : إذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز ولا شك أنهما إذا كانا يعيشان مشيا متصلا لا يقع الإيجاب إلا في مكان آخر بلا شبهة ، ولو كان المخاطب في صلاة فريضة ففرغ منها وأجاب صح ، وكذا لو كان في نافلة فضم إلى ركعة الإيجاب أخرى ثم قبل جاز ، بخلاف ما لو أكملها أربعاً ، ولو كان في يده كوز فشرب ثم أجاب جاز ، وكذا لو أكل لقمة لا يتبدل المجلس إلا إذا اشتغل بالأكل ، ولو ناما جالسين لا يختلف ، ولو مضطجعين أو أحدهما فهي فرقة . والسفينة كالبيت ، فلو عقدا وهي تجري فأجاب الآخر لا ينقطع المجلس بحرياتها لأنهما لا يملكان إيقافها . وقيل يجوز في الماشين أيضا ما لم يتفرقا بذاتيهما ، أما المسير بلا افتراق فلا ، وهكذا في خيار الخيرة بخلاف سجدة التلاوة . ولو قال بعثك بألف ثم قال لآخر بعثك بألف فقبلا فهي للثاني لا للأول ، ولو قال بعثك بكذا فلم يقبل حتى قام البائع في حاجة بطل (قوله والكتاب كالخطاب ، وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب

للمتفرقات كما تقدم في أول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر . فإن قيل : فلم لا يكون الخلع والعنق على مال كذلك ؟ فالجواب أنهما اشتملا على العيين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس فيتوقف الإيجاب فيهما على ما وراء المجلس . قال رحمه الله (والكتاب كالخطاب) إذا كتب أما بعد فقد بعثك عبدى فلانا بألف درهم أو قال لرسوله بعث هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب فأخبره بذلك فوصل الكتاب إلى المكتوب إليه وأخبر الرسول المرسل إليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشترت أو قبلت تم البيع بينهما ، لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم

وأداء الرسالة ، وليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفريق

وأداء الرسالة (فصورة الكتاب أن يكتب : أما بعد ، فقد بعث عبدى منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقد ، والرسالة أن يقول : اذهب إلى فلان وقل له إن فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فجاء فأخبره فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول ، وكذا إذا قال بعث عبدى فلانا من فلان بكذا فاذهب يا فلان فأخبره فذهب فأخبره فقبل ، وهذا لأن الرسول ناقل ، فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما ، فلو بلغه بغير أمره فقبل لم يحز لأنه ليس رسولا بل فضوليا ، ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز ، ولو كان المكتوب بعينه بكذا فكاتب بعثته لا يتم ما يقبل الأول قبلت . وأما ما ذكر في المبسوط : لو كتب إليه بعني بكذا فقال بعته يتم البيع ، فليس مراد محمد هنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذي ينعقد به البيع . وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فعني من الحاضر يكون استيما عادة ، وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شطري العقد ، هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذي كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء علم الآخر أو لم يعلم ، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع ، بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فإنه لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فيبيعه نافذ . وعلى هذا الجواب في الإجارة والهبة والكتابة ، فأما الخلع والعتق على مال فإنه يتوقف شطر العقد في حق المرأة والعبد بالإجماع إذا كانا غائبين على القبول في مجلس بلوغ الخبر ، بخلاف العكس وهو أن تقول المرأة خالعت زوجي وهو غائب أو يقول العبد قبلت عتق سيدي الغائب على ألف فإنه لا يتوقف بالإجماع . وفي النكاح من الخلاف ، فعند أبي يوسف يتوقف وعندهما لا (قوله وليس له أن يقبل إلى آخره) يعني إلا أن يرضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالإجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون ، فإن كان مما لا ينقسم إلا بالقيمة كثوبين وعبدان لا يجوز وإن قبل الآخر . ولنتكلم على عبارة الكتاب هنا فإنها مما وقع فيها تجاذب فنقول : الظاهر من نظم الكلام أن ضمير له في وقوله وليس له راجع إلى أحد المتعاقدين في قوله وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع أو للآخر وحينئذ يكون أعم من البائع والمشتري ، فعنه في البائع : أنه إذا أوجب المشتري البيع بأن قال اشترت هذه الأثواب أو هذا الثوب بعشرة فليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع من أثواب أو الثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة لأنه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته إلى الكل ويعسر عليه تحصيل باقي الأثواب لعزتها وبعضها لا يقوم بحاجته ، فلو أزمناه البيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الأمور . وأما في المشتري فعنه : إذا أوجب البائع

كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب ، وكان ذلك سواء في كونه مبلغا ، وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه إليه . قال رحمه الله (وليس له أن يقبل في بعض المبيع) يعني إذا أوجب البائع البيع في شيئين فصاعدا وأراد المشتري قبول العقد في أحدهما لا غير . فإن كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لأن العادة فيما بين الناس أنهم يضمنون الجيد إلى الرديء في البياعات ويتقصون عن ثمن الجيد لرويح الرديء به ، فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما لقبل المشتري العقد في الجيد وترك الرديء فزال الجيد عن يد البائع بأقل من ثمنه وفيه ضرر على البائع لاحتماله ، وهذا التعليل في الصورة الموضوعية صحيح ، وأما إذا وضعت المسئلة فيما إذا باع عبدا بألف مثلا وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح . والصحيح فيه أن يقال : يتضرر البائع بسبب الشركة . فإن قيل : فإن رضى البائع في المجلس هل يصح أو لا : أجيب بأن القلورى قال : إنه يصح ويكون ذلك من

الصفقة ، إلا إذا بين كل واحد لأنه صفقات معنى : قال (وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب ، لأن القيام دليل الإعراض) والرجوع ، وله ذلك على ما ذكرناه .

المبيع فليس للمشتري أن يقبل في بعضه إذ قد يتضرر بتفريق الصفقة لأن العادة أن يضم البائعون الجيد إلى الرديء ليرتجونه ، فلو ألزمناه البيع بقى الرديء وذهب ما يروجه به فيتضرر بذلك ، ومعلوم أن القبول في بعض المبيع يكون ببعض الثمن فحذفه المصنف للعلم به لكن على هذا لا حاجة لقوله ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لأن ذلك يستفاد من العبارة الأولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبائع ولفظ المشتري بالبناء للفاعل لتصحيح كلامه ، أى وليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع الذى أوجب فيه المشتري البيع ، ولا أن المشتري يقبل المشتري في بعض المبيع فيما إذا كان الموجب هنا البائع . والحاصل أن عدم صحة القبول في البعض للزوم تفريق الصفقة فوجب أن يعرف بماذا ثبت اتحادها وتفريقها فاعلم أنه يكون تارة من تعدد القابل وتارة من غيره ، فما من تعدد القابل امتناعه لما فيه من

المشتري في الحقيقة استثناء لإيجاب لا قبول ورضا البائع قبولا . قال : وإنما يصح مثل هذا إذا كان للبعض الذى قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة ، وفي التفيزين باعها بعشرة لأن الثمن ينقسم عليهما باعتبار الأجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة ، فأما إذا أضاف العقد إلى عبدین أو ثوين لم يصح العقد بقبول أحدهما وإن رضى البائع لأنه يلزم البيع بالحصة ابتداء ، وأنه لا يجوز كما سيأتى ، وإن كانت الصفقة متفرقة كان له ذلك لا تنافي الضرر عن البائع ، وإليه أشار بقوله (إلا إذا بين ثمن كل واحد لأنها صفقات معنى) والصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة ، ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه ، والعقد يحتاج إلى مبيع و ثمن وبائع ومشتري وبيع وشراء ، وباتحاد بعض هذه الأشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها ، فإذا اتحد الجمع اتحدت الصفقة ، وكذا إذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت ، واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كأن قال بعتهما بمائة فقال قبلت أحدهما بستين والآخر بأربعين وذلك يكون صفقة واحدة أيضا كما ذكر في الكتاب ، واتحاد الجميع سوى البائع كأن قال بعنا هذا منك بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة ، واتحاد الجميع سوى المشتري كأن قال بعته منك بمائة فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع ، والثمن إن كان بتكرير لفظ المبيع فكذلك ، وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء ، هذا كله قياسا واستحسانا ، وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع فكذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا لا استحسانا . وقيل لا يوجب التفرق على قول أبي حنيفة ويؤجبه على قول صاحبيه ، قال : وأيهما قام من المجلس قبل القبول بطل الإيجاب ، هذا متصل بقوله إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد ، وهو إشارة إلى أن رد الإيجاب تارة يكون صريحا وأخرى دلالة ، فإن القيام دليل الإعراض والرجوع ، وقد ذكرنا أن الموجب الرجوع صريحا ، والدلالة تعمل عمل الصريح . فإن قيل : الدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها وهاتنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة .

(قوله لأنه يلزم البيع بالحصة ابتداء وأنه لا يجوز) أقول : ويجوز بقاء ويجبى . قال المصنف (إلا إذا بين ثمن كل واحد لأنه صفقات معنى) أقول : سيجبى في آخر باب البيع الفاسد أنه لا تعتمد الصفقة بمجرد تفصيل الثمن ، فالمراد هنا تكرير لفظ البيع والشراء مع بيان ثمن كل واحد (قوله فإذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة) أقول : تأمل في هذا التعبير (قوله وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن الخ) أقول : ويعلم من هذا حال تعدد الثمن والبيع بدون تفرق البائع والمشتري بالطريق الأولى ، وفيه شيء يمكن دفعه ، ولعل الأولى أن لا يتعرض لتعدد البائع والمشتري .

وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية . وقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » ولنا أن في الفسخ إبطال حق الآخر فلا يجوز . والحديث محمول على خيار القبول .

لزام الشركة . مثاله أن يقول البائع لمشتريين بعثكما هذا بألف فقال أحدهما اشتريت دون الآخر تعددت ، فلا يلزم لأنه لو تم في الصف ، لأنه إنما خاطبهما بالكل فكان مخاطبا كلا بالنصف ، فلو لزم صار شريكا للبائع فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه ، وكذا لو قال رجل لمالكي عين . اشتريت منكما هذه بألف فباعه أحدهما دون الآخر فإن بيعه إنما يتم في نصيبه فتعددت . فلو تم تضرر المشتري الموجب بالشركة أيضا ، وأما إذا كان الموجب اثنين خاطبا واحدا فلا بعثك أو اشترينا منك هذا بكذا فأجاب هو في بعضه لا يلزم ، لكن لا تعددها بتعدد العاقد بل لإيجابته في البعض ؛ ألا ترى أن الموجب فيها لو كان واحدا والباقي بحاله كان من تعدد الصفقة أيضا ، فعرف أن هذا من جهة أخرى لا من تعدد العاقد ، وأما من غيره فيصورتين : إحداهما أن يوجب البائع في مثليين أو واحد قيمي أو مثلي فقبل في البعض أو يوجب المشتري فيما ذكرناه . بأن يقول اشتريت منك بكذا فقبل البائع في البعض فإن في كل منهما الصفقة واحدة ، فإذا قبل في بعضها فرقها فلا يصح . فلو كان بين ثمن كل منهما فلا يخلو إما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بتكراره ، ففيما إذا كرره فلا تنافق على أنه صفقتان ، فإذا قبل في أحدهما يصح مثل أن يقول بعثك هذين العبدین بعثك هذا بألف . وبعتك هذا بألف أو اشتريت منك هذين العبدین اشتريت هذا بألف واشتريت هذا بألف كذا في موضع ، وفي موضع أن يقول بعثك هذين بعثك هذا بألف وهذا بألفين وفيما إذا لم يكرره مثل بعثك هذين هذا بمائة وهذا بمائة فظاهر الهداية أنه صفقتان وبه قال بعضهم . وقال آخرون صفقة واحدة ، وأن مراد صاحب الهداية إذا كرر لفظ البيع ، فأما إذا لم يكرره وقد اتحد الإيجاب والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقة واحدة قياسا واستحسانا فليس له أن يقبل في أحدهما . وقيل الأول استحسان وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه ، والثاني قياس وهو قولهما . والوجه الاكتفاء بمجرد تنزيق الثمن ، لأن الظاهر أن فائدته ليس إلا قصده بأن يبيع منه أيهما شاء ، وإلا فلو كان غرضه أن لا يبيعهما منه إلا جملة لم تكن فائدة لتعين ثمن كل منهما (قوله وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية) وهو قول مالك رحمه الله (وقال الشافعي) وأحمد رحمهما الله (لهما خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) أو يكون البيع خيارا ، رواه البخاري من حديث ابن عمر رضي الله عنهما . وروى البخاري أيضا أن

أجيب بأن الصريح إنما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها (وإذا حصل الإيجاب والقبول تم البيع ولزم ، وليس لواحد من المتعاقدين الخيار إلا من عيب أو عدم رؤية) خلافا للشافعي رحمه الله فإنه أثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى أن لكل من المتعاقدين بعد تمام العقد أن يرد العقد بدون رضا صاحبه ما لم يتفرقا بالأبدان ، واستدل على ذلك (بقوله صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ») فإن التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الأبدان (ولنا أن في الفسخ إبطال حق الآخر) وهو لا يجوز . والجواب عن الحديث أنه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره ، وفيه إشارة إلى ذلك لأن الأحوال ثلاث : قبل قبولهما ، وبعد قبولهما ، وبعد كلام الموجب قبل قول

(قوله وقد تقدم تفسيره الخ) أقول : الذي تقدم تفسيره كان مختصا بجانب الجيب والمذكور في الحديث يعمه وجانب الموجب ، فالحق أن يفسر خيار القبول هنا بأعم مما ذكر أو من خيار الرجوع كما لا يخفى .

وفيه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها أو يحتمله فيجمل عليه ،

ابن عمر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر » وروى البخارى أيضا من حديث حكيم بن حزام رضى الله عنه ، عنه عليه الصلاة والسلام « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » ولنا السمع والقياس . أما السمع فقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود - وهذا عقد قبل التخيير ، وقوله تعالى - لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - وبعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير ، فقد أباح تعالى أكل المشتري قبل التخيير ، وقوله تعالى - وأشهدوا إذا تباعيم - أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع ، والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول ، فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالا لهذه النصوص ، ولا مخلص له من هذا إلا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد الملزم يعرف شرعا ، وقد اعتبر الشرع في كونه ملزما اختيار الرضا بعد الإيجاب والقبول بالأحاديث الصحيحة ، وكذا لا تتم التجارة عن التراضي إلا به شرعا ، وإنما أباح الأكل بعد الاختيار لاعتباره في التجارة عن تراض . وأما حديث حبان بن منقذ رضى الله عنه حيث قال له : « إذا ابتعت فقل لا خلافة لى الخيار » فقد أثبت له اشتراط خيار آخر وهو ثلاثة أيام ، فإنما يدل على أن خيار ثلاثة أيام لا يثبت إلا بالاشتراط في صلب العقد لا أصل الخيار ، ولا مخلص إلا بتسليم إمكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء أنه غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المصنف بناء على أن حقيقة المتبايعين المتشاغلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لأنه مجاز ، والمتشاغلان : يعنى المساومين يصدق عند إيجاب أحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد ، وهذا هو خيار القبول ، وهذا حل إبراهيم النخعى رحمه الله تعالى . لا يقال : هذا أيضا مجاز لأن قبل قبول الآخر الثابت بائع واحد لا متبايعان . لأننا نقول : هذا من المواضع التى تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ كالخبر لا حقيقة له إلا حال التكلم بالخبر ، والخبر لا يقوم به دفعة لتصديق حقيقة حال قيام المعنى بل على التعاقب في أجزائه ، فبالضرورة يصدق خبرا حال النطق ببعض حروف الخبر وإلا لا يتحقق له حقيقة ، ولأننا نفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر أنهما متشاغلان بأمر البيع متراوضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقى ، والحمل على الحقيقى متعين فيكون الحديث دليل لإثبات خيار القبول لنفى توهم أنهما إذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلا للاتفاق والتراضى السابق في إلزامه بكلام أحدهما بعد . قال المصنف رحمه الله تعالى (أو) هو (يحتمله فيجمل عليه) جمعا بين ما ذكرناه من الآيات حيث كان المتبادر إلى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض بمجرد الإيجاب والقبول وعدم توقف الأسماء على أمر آخر . لا يقال : إن ما في خيار أحد المتبايعين وهو الثانى القابل لاختيارهما لأنه ممنوع ، بل الموجب أيضا له خيار أن يرجع قبل قبول الآخر وأن لا يرجع ، وعلى هذا فالفرق الذى هو غاية قبول الخيار تفرق الأقوال وهو أن يقول الآخر بعد الإيجاب لا أشتري أو يرجع الموجب قبل القبول ، وإسناد التفرق إلى الناس مراد به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف ، قال الله تعالى - وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا

الجيب . وإطلاق المتبايعين فى الأولين مجاز باعتبار ما يشول إليه أو ما كان عليه . والثالث حقيقة فيكون مادا ، أو يحتمل أن يكون مرادا فيجمل عليه . والفرق بينهما أن أحدهما مرادا والآخر محتمل للإرادة . لا يقال : العقود الشرعية فى حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما ، لأن الباقى بعد كلامهما حكم كلامهما شرعا لا حقيقة

(قوله والثالث حقيقة) أقول : فيه بحث .

والتفرق فيه تفرق الأقوال . قال (والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع) لأن بالإشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تنفضي إلى المنازعة

من بعد ما جاعتهم البيعة - وقال صلى الله عليه وسلم « افترقت بنو إسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة ، وستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة » وحيث أن فيراد بأحدهما في قوله أو يقول أحدهما لصاحبه اختر الموجب بقوله بعد إيجابه للآخر اختر أتقبل أو لا ، والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذا في خيار القبول ، والله سبحانه وتعالى أعلم . وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعق على مال والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذلك البيع . وأما ما يقال تعلق حتى كل من العاقلين ببطلان فلا يجوز إبطاله فيرد منه بأن ذلك بالشرع والشرع نفاه إلى غاية الخيار بالحديث ، فلما يرجع الكلام فيه إلى ما ذكرناه من معنى المتبايعين . وأما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به ، فلو كان المراد به ذلك لعمل به فغاية في الضعف ، إذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عنده مجموع به (قوله والأعواض المشار إليها) سواء كانت مبيعات كالحبوب والثياب أو أثمانا كالدرهم والدنانير (لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع) فإذا قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة أو هذه الكورجة من الأرز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مبيعة له فقبل جاز ولزم لأن الباقي جهالة الوصف : يعنى القدر وهو لا يضر ، إذ لا يمنع من التسليم والتسليم لتعجله كجهالة القيمة لا تمنع الصحة . قال في الفتاوى : قال لغيره : لك

كلامهما ، والكلام في حقيقة الكلام وهذا التأويل منقول عن إبراهيم النخعي . وقوله (والتفرق تفرق الأقوال) جواب عما يقال التفرق عرض فيقوم بالجواهر . ولتقاتل أن يقول : حل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال بإجماع متكلمي أهل السنة فيكون إسناد التفرق إليها مجازا ، فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم . وأجيب بأن إسناد التفرق والتفرق إلى غير الأعيان سائغ شائع ، فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة ، قال تعالى - وما تفرق الذين أوتوا الكتاب - الآية وقال - لا تفرق بين أحد من رسله - والمراد التفرق في الاعتقاد . وقال صلى الله عليه وسلم « ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة » وهو أيضا في الاعتقاد ، وفيه نظر لأن المجاز باعتبار ما يشوب إليه أو ما كان عليه أيضا كذلك ، على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأعلى مذهب أبي حنيفة ، فإن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ، ولعل الأولى أن يقال : حمله على التفرق بالأبدان رد إلى الجهالة ، إذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من أشباه بيع الملامسة والمناينة وهو مقطوع بفساده عادة ، وهذا معنى قول مالك رحمه الله : ليس لهذا الحديث حد معروف . أو نقول : التفرق يطلق على الأعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي ، وترجح جهة التفرق بالأقوال بما ذكرنا من أداء حمله على التفرق بالأبدان إلى الجهالة وهذا التأويل : أعني حل التفرق على الأقوال منقول عن محمد بن الحسن رحمه الله . قال رحمه الله (والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها) الأعواض المشار إليها ثمتنا كانت أو ثمتنا لا يحتاج إلى معرفة مقدارها

(قوله وهذا التأويل منقول الخ) أقول : أي تأويل الخيار المذكور في الحديث بما ذكر (قوله والتفرق تفرق الأقوال الخ) أقول : الاتفاق أحد الأركان الأدبية المعلوم وجودها بالضرورة عند المتكلمين (قوله وأجيب بأن إسناد التفرق والتفرق الخ) أقول : إسناد التفرق إلى القول مجازا بالسببية لا يستلزم وجود التفرق حقيقة كما في قوله أقدمي بذلك حق لي على فلان (قوله أو نقول التفرق يطلق على الأعيان والمعاني) أقول : فلا بد من لزوم قيام العرض بالعرض من منع ، والظاهر أنه منع كون ما يطلق التفرق مطلقا من الأعراض (قوله ثمتنا كانت أو ثمتنا) أقول : وتقرير صدر الشريعة صريح في أنه المراد بالأعواض الأثمان فتأمل في الترجيح .

(والأثمان المطلقة لاتصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة ، لأن التسليم والتسليم واجب بالعقد ،

في يدى أرض خربة لاتساوى شيئاً فبعها منى بتسعة دراهم فباعها وهو لا يعلم وقيمتها أكثر جاز البيع ، بخلاف السلم لا يشار للعوض فيه للأجل فلا يصح في السلم فيه اتفاقاً ، ولا في رأس مال السلم إذا كان مكيلة أو موزونة عند أى حنيفة رضى الله عنه لما يحى . ثم المسئلة مقيدة بغير الأموال الربوية وبالربوية إذا قوبلت بغير جنسها ، أما الربوية إذا قوبلت بجنسها كالحنطة بالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الإشارة إليها لاحتمال الربا واحتمال الربا مانع كحقيقة الربا شرعاً ، والتقيد بمقدارها في قوله لا يحتاج إلى معرفة مقدارها احتراز عن الصفة ، فإنه لو أراه دراهم وقال اشترته بهذه فوجدها زيوفاً أو نهرجة كان له أن يرجع بالجيد لأن الإشارة إلى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف إلى الجيد ، ولو وجدها ستوقاً أو رصاصاً فسد البيع وعليه القيمة إن كان أثلفها ، ولو قال اشترتها بهذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لأن مطلق الدراهم في البيع ينصرف إلى نقد البلد ، وإن وجدها نقد البلد جاز ولا خيار للبائع ، بخلاف ما لو قال اشترت بما في هذه الخالية ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وإن كانت نقد البلد ، لأن الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها ، وفي الخالية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ، ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لأن خيار الرؤية لا يثبت في النقود (قوله والأثمان المطابقة) أى عن قيد الإشارة (لاتصح حتى تكون معلومة القدر) كخمسة وعشرة دراهم أو أكرار حنطة ، بخلاف ما لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً فإنه ليس عوضاً مشار إليه ، فإن المشار إليه الحجر ولا يعلم قدر جرم ما يوزن به من الذهب ، فلهذا إذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً فوزن به كان له الخيار . وما لا يجوز البيع به البيع بقيمته أو بما حل به أو بما تريد أو تحب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشترى فلان لا يجوز ، فإن علم المشتري بالقدر في المجلس فرضيه عاد جائزاً ، وكذا لا يجوز بألف درهم إلا ديناراً أو بمائة دينار إلا درهماً ، وكذا لا يجوز بمثل ما يبيع الناس إلا أن يكون شيئاً لا يتفاوت كالخبر واللحم (والصفة) كعشرة دراهم بخارية أو سمرقندية ، وكذا حنطة بحيرية أو صعيدية ، وهذا لأنها إذا كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة في وصفها . فالمشتري يريد دفع الأدون والبائع يطلب الأرفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة . واعلم أن الأعواض في البيع إما دراهم أو دنائير فهى ثمن سواء قوبلت بغيرها أو بجنسها وتكون صرفاً ، وإما أعيان ليست مكيلة ولا موزونة فهى مبيعة أبداً ، ولا يجوز فيها البيع إلا عينا إلا فيما يجوز فيه السلم كالثياب وكما ثبت الثياب مبيعا في الذمة بطريق السلم ثبتت ديناً مؤجلاً في الذمة

في جواز البيع ، لأن الإشارة كفاية في التعريف المتنافي للجهالة المفضية إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم اللذين أوجبهما عقد البيع ، فإن جهالة الوصف لاتنضى إلى المنازعة لوجود ما هو أقوى منه في التعريف ، وكون التقابض ناجزاً في البيع بخلاف السلم على ما سيأتى ، وهذا إنما يستقيم إذا لم تكن الأعراض ربوية ، أما إذا كانت ربوية فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربا ، وإنما لم يقيد في الكتاب لأن ذلك مما يتعلق بالربا وهذا الباب ليس ليبيانه . قال (والأثمان المطلقة لاتصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة) الأثمان المطلقة عن الإشارة لا يصح بها العقد إلا أن تكون معلومة القدر كعشرة ونحوها ، والصفة ككونها بخارياً أو سمرقندياً لأن التسليم واجب

(قوله فإن جهالة الوصف الخ) أقول : والظاهر أن قول المصنف وجهالة الوصف الخ كلام مستأنف أتى به بيانا لحال جهالة الوصف فيه (قوله ناجزاً في البيع) أقول : أى حاضر (قوله فجهالة المقدار تمنع الصحة) أقول : إذا بيعت بجنسها .

وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسليم ، وكل جهالة هذه ضغتها تمنع الجواز ، هذا هو الأصل .
قال (ويجوز البيع بضمن حال) ومؤجل إذا كان الأجل معلوماً (لإطلاق قوله تعالى -

على أنها ثمن ، وحينئذ يشترط الأجل لا لأنها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها ديناً في الذمة ، فلذا قلنا إذا باع عبداً بثوب موصوف في الذمة إلى أجل جاز ، ويكون بيعاً في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس ، بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب ، وإنما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الأجل وامتنع بيعه قبل قبضه لإلحاقه بالمسلم فيه أو مكيل أو موزون أو عددي متقارب كالبيض ، فإن قوبلت بالنقود فهي مبيعات أو بأمثالها من المثليات ، فما كان موصوفاً في الذمة فهو ثمن ، وما كان معيناً فبيع ، فإن كان كل منهما معيناً ، فما صحبه حرف الباء أو لفظ على كان ثمناً والآخر مبيعاً . وقال خواهر زاده رحمه الله في شهادات الجامع : المكيل والموزون إذا لم يكن معيناً فهو ثمن دخل عليه حرف الباء أو لم يدخل ، فلذا لو قال اشتريت منك كذا خنطة بهذا العبد لا يصح إلا بطريق السلم فيجب أن يضرب الأجل للخنطة . واعلم أن التقدير المشروط قد يكون عرفاً كما يكون نصاً في الفتاوى لو قال : اشتريت منك هذا الثوب أو هذه الدار أو هذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنائير أو دراهم ، إن كان في البلد يبتاع الناس بالدنانير والدراهم والفلوس ينقد البيع في الدار بعشرة دنائير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة أفلس ، وإن كان في بلد لا يبتاع الناس بهذه العملة ينصرف إلى ما يبتاع الناس بذلك النقد انتهى . وحاصل هذا أنه إذا صرح بالعدد فتعين المعلوم من كونها دراهم أو دنائير أو فلوساً ثبت على ما يناسب المبيع ووقع شك فيما يناسب المبيع وجب أن لا يتم البيع (قوله ويجوز البيع بضمن حال ومؤجل) لإطلاق قوله تعالى

بالعقد ، وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية إلى النزاع . فالتسليم يمتنع بها (وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسليم) ويفوت الغرض المطلوب من البيع . قال (ويجوز البيع بضمن حال) قال الكرخي رحمه الله : المبيع ما يتعين في العقد والتمن ما لم يتعين ، وهذا على المذهب ، فإن الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهو ثمن بالاتفاق . وقال أبو الفضل الكرخي : في الإيضاح : الثمن ما كان في الذمة نقله عن القراء وهو منقوض بالمسلم فيه فإنه يثبت في الذمة وليس بضمن ، وقيل المبيع ما يحله العقد من الأعيان ابتداء ، وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر ، فإنه إنما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على أحد طريق أصحابنا في الإجارة ، والتمن ما يقابله . وينقسم كل منهما إلى محض ومتردد ، فالمبيع المحض هو الأعيان التي ليسبت من خوات الأمثال إلا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة إلى أجل بدلاً عن عين فإنها أثمان ، وليس اشتراط الأجل لكونه ثمناً بل ليصير ملحقة بالسلم في كونها ديناً في الذمة ، والتمن المحض هو ما خلق للشمية كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فإنها مبيعة نظراً إلى الانتفاع بأعيانها أثمان نظراً إلى أنها مثلية كالنقدين ، فإن قابلها التقدان فهي معينة ، وإن قابلها عين وهي معينة فهي مبيعة وأثمان لأن البيع لا بد له منهما وليس أحدهما أولى بأن يجعل مبيعاً من الآخر فجعل كل واحد مبيعاً واثماً وإن كانت أعني المكيلات والموزونات غير معينة ، فإن دخلت

(قوله يمتنع حصوله بالجهالة الخ) أقول : أي بجهالة ذلك الواجب (قوله إلى النزاع) أقول : في ذلك الواجب (قوله والتمن ما لم يتعين) أقول : هذا أيضاً منقوض بالمسلم فيه ورأس السلم إذا كان عيناً (قوله وهو منقوض بالمسلم فيه فإنه يثبت في الذمة) أقول : لا يبعد أن يقال : المعروف هو المبيع المطلق والتمن المطلق وهو ما يكون ثمناً بكل حال ، فتمن التعريف ما كان في الذمة على كل حال بقريئة الإطلاق الذي يصرف على الكمال (قوله وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر الخ) أقول : ويجوز أن يكون احترازاً عن الثمن (قوله والتمن ما يقابله) أقول : أي يقابل ما يحله العقد بأن يذكر حين العقد في مقابلته .

- وأحل الله البيع - وعنه عليه الصلاة والسلام «أنه اشترى من يهودى طعاما إلى أجل معلوم ورهنه درعه». ولا بد أن يكون الأجل معلوما لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد، فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها . قال (ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد) لأنه المتعارف ، وفيه التحرى للجواز فيصرف إليه

- وأجل الله البيع -) وما بثمن مؤجل بيع . وفي صحيح البخارى عن عائشة رضى الله عنها « (اشترى) رسول الله صلى الله عليه وسلم (طعاما من يهودى إلى أجل ورهنه درعا له) من حديد» وفي لفظ الصحيحين : «طعاما بنسيئة» . وقد سمي هذا اليهودى في سنن البيهقي أخرجه عن جابر « أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعا عند أبي الشحم رجل من بني ظفر في شعير » (ولا بد أن يكون الأجل معلوما لأن جهالته تفضى إلى المنازعة في التسليم والتسليم ، فهذا يطالبه في قريب المدة وذلك في بعيدها) ولأنه عليه الصلاة والسلام في موضع شرط الأجل وهو السلم أوجب فيه التعيين حيث قال « من أسلف في نمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » وعلى كل ذلك انعقد الإجماع وأما البطلان فيما إذا قال بعثته بألف حالاً وبألفين إلى سنة فلهالة الثمن ، ومن جهالة الأجل ما إذا باعه بألف على أن يؤدى إليه الثمن في بلد آخر ، ولو قال إلى شهر على أن تؤدى الثمن في بلد آخر جاز بألف إلى شهر ، ويبطل شرط الإيفاء في بلد آخر لأن تعيين مكان الإيفاء فيما لا محل له ولا مؤنة لا يصح ، فلو كان له حمل ومؤنة صبح ، ومنه على قول محمد ما إذا باعه على أن يدفع إليه المبيع قبل أن يدفع الثمن فإن البيع فاسد ، لأن محمد راحه الله الله بتضمنه أجلا مجهولا حتى لو سمي الوقف الذى يسلم إليه فيه المبيع جاز البيع . وأما أبو يوسف فإنما الله بالشرط الذى لا يقتضيه العقد (قوله ومن أطلق الثمن في البيع) أى أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد بأن قال عشرة دراهم مثلا (انصرف إلى غالب نقد البلد لأنه هو المتعارف فينصرف) المطلق (إليه) فإن كان إطلاق اسم الدراهم

فيها الباء مثل أن يقال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة وقد وصفها كانت ثمننا ، وإن دخلت في غيرها كأن يقال : اشتريت الكرم بهذا العبد كان مبيعا ولا يصح إلا سلما بشروطه : هذا ملخص كلامهم في هذا الموضع . وأقول : الأعيان ثلاثة : نقود أعنى الدراهم والدنانير : وبيع كالتياب والدور والعبيد وغير ذلك . ومقدرات كالملكيات والموزونات والعدديات المتقاربة ، وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض والثمن المحض ، وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا وثمننا ، والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه : قال (والبيع بالثمن الحال والمؤجل جائز) لإطلاق قوله تعالى - وأحل الله البيع - ولما روى (أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما إلى أجل ورهنه درعه) لكن لا بد وأن يكون الأجل معلوما لئلا يفضى إلى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسليم ، فربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخر إلى بعيدها . قال (ومن أطلق الثمن كان على غالب نقد البلد) ومن أطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كأن قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا أو سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد ، وإن كان في البلد الذى وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا إلا أن يبين أحدها .

واعلم أنى أذكر لك في هذا الموضع الأقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة إجمالا ثم أنزلها على متن الكتاب حلالا له ، فإني ما وجدت من الشارحين من تصدى لذلك على ما ينبغي فأقول : إذا كان في البلد نقود مختلفة ، فلما أن يكون الاختلاف في المسالية والرواج ، أو في المسالية دون الرواج ، أو في الرواج دون المسالية ، أو لا يكون في شيء

(قوله وأقول الأعيان ثلاثة الخ) أقول : ولعل وجه القول كما ذكرناه استلزامه فقدان المبيع في بيع النقدين . وفقدان الثمن في المقايضة ، بخلاف ما اختاره .

(فإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدهما) وهذا إذا كان الكل في الرواج سواء ، لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأروج فحينئذ يصرف إليه تحريماً للجواز ، وهذا إذا كانت مختلفة في المالية ، فإن كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرقي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع إذا أطلق اسم الدرهم ، كذا قالوا ، وينصرف إلى ما قدر به من أى نوع كان لأنه لامنازعة ولا اختلاف في المالية .

في العرف يختص بها مع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدرهم بالعرف القول وهو من أفراد ترك الحقيقة بدلالة العرف ، وإن كان التعامل بها في الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل منهما واجب تحريماً للجواز وعدم إهدار كلام العاقل (فإن كانت النقود مختلفة) المالية كالذهب الأشرفي والناصري بمصر لكنها في الرواج سواء (فالبيع فاسد) لعدم إمكان الصرف إلى أحدهما بعينه دون الآخر لما فيه من التحكم عند التساوي في الرواج ،

منهما يل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلاً ، فإن كان الأول جاز البيع وانصرف إلى الأروج ، وإن كان الثاني لا يجوز لأن الجهالة في المنازعة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم ، وإن كان الثالث يجوز ويتصرف إلى الأروج تحريماً للجواز ، وإن كان الرابع فكذلك لأن الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم . وإذا عرف هذا فقله (فإن كانت النقود مختلفة) يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي ، فإن المصري أفضل في المالية من المغربي إذا فرض استواءهما في الرواج (فالبيع فاسد) لأن الجهالة تفضي إلى المنازعة إشارة إلى القسم الثاني ، إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما فحينئذ يجوز . وقوله (أو يكون أحدها أغلب وأروج فحينئذ يصرف البيع إليه تحريماً للجواز) إشارة إلى القسم الأول أو إلى القسم الثالث ، لأن كون أحدها أروج أعم من أن يكون مع اختلاف في المالية أو مع استواء والبيع جائز فيهما . وقوله (وهذا) أي فساد البيع إذا كانت مختلفة في المالية : يعني مع الاستواء في الرواج إشارة إلى القسم الثاني : أعاده للتمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دانقاً والثلاثي وهو ما يكون الثلاثة منه دانقاً والنصرقي اليوم بسمرقند فإنه بمنزلة الناصري ببخارى ، والاختلاف بين العدالي بفرغانة وفقهاء ما وراء النهر يسمون الدرهم عدلياً ، وكل هذا يختلف في المالية مع التساوي في الرواج . وقوله (فإن كانت سواء فيها) أي في المالية : يعني مع الاستواء في الرواج إشارة إلى القسم الرابع وجزاء الشرط قوله (جاز البيع إذا أطلق اسم الدراهم كذا قالوا) أي المتأخرون من المشايخ (وينصرف) اسم الدراهم (إلى ما قدر به) من المقدار كعشرة ونحوها (من أى نوع كان) من غير تقييد بنوع معين لأنه لامنازعة لاستواءهما في الرواج (ولا اختلاف في المالية) وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ رحمه الله ، فإنه فصل بين قوله إذا كانت مختلفة في المالية . ومثاله وهو قوله كالثنائي بالشرط وهو قوله فإن كانت سواء وفصل بين الشرط هذا وبين جزأه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائي إلى قوله جاز ، ولا يستقيم أن يجعل قوله كالثنائي الخ متعلقاً بقوله فإن كانت سواء لأن ما كان اثنان منه نقاداً وثلاثة منه دانقاً لا يكونان في المالية سواء ، لكن يمكن أن يكونا في الرواج سواء ، وهذا

(قال المصنف : والاختلاف بين العدالي الخ) أقول : والظاهر أنه جملة معترضة لبيان مكان يوجد فيه الاختلاف بين النقود في المالية أن يثبت اختلافها فيها (قوله وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ ، إلى قوله : هذا ما منعني من حل هذا الموضع) أقول : فيه بحث فإن اسم الدراهم إنما يطلق على اثنين من الثنائي وثلاثة من الثلاثي كما صرحوا ، فحينئذ يظهر استواءهما في المالية وأنه ليس في كلام الشيخ تعقيد فليتأمل .

قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة) وهذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون بدايد » بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة لمافيه من احتمال الربا

وإذا لم يكن الصرف إلى أحدهما والحالة أنها متفاوتة المالية جاءت الجهالة المفضية إلى المنازعة لأن المشتري يريد دفع الأنقص مالية والبائع يريد دفع الأعلى فيفسد البيع ، إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ويرضى الآخر لارتفاع الفساد قبل تفرره وصار كما لو قال الدائن للمدبونه بعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك وبعني هذا الآخر بباقي العشرة فقال نعم كان صحيحا لعدم إفضاء جهالة الثمن الأول إلى المنازعة بضم المبيع الثاني إليه إذ به يصير ثمنهما عشرة ، وهذا محمول على قبول الدائن بعد قول المدبون نعم ونحوه . وإن كانت مختلفة المالية والرواج معا فالبيع صحيح ويصرف إلى الأروج للوجه الذي تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة . وكذا إذا كانت متساوية المالية والرواج يصح البيع ويؤدى من أيها شاء لأنه لا فضل لأحدهما ، فلو طلب البائع أحدهما بعينه كان للمشتري أن يعطيه من الصنف الآخر لأن الامتناع عن قبض ما أعطاه المشتري مع أنه لا فضل للآخر عليه ليس فيه إلا التعنت . وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لاتعتن ، حتى لو أراه درهما اشترى به فباعه ثم حبسه وأعطاه درهما آخر جاز : يعنى إذا كانا متحلى المالية والثناى والثلاثى اسما دراهم كانت ببلادهم مختلفة المالية : وكذا الركنى . والخليفتى في الذهب كان الخليفتى أفضل مالية عندهم والعدلى اسم للدراهم (قوله ويجوز بيع الطعام) وهى الخنطة ودقيقها خاصة فى العرف الماضى كما يدل عليه حديث الفطرة : « كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعا من شعير » . فقوله (والحبوب) عطف العام على الخاص أو يقدر وكذا باقى : أى وباقى الحبوب فلا يتناول الطعام (مكايلة) أى بشرط عدد من الكيل . وإلا فى اللغة المكايلة أن تكيل له ويكيل لك (ومجازفة) أى بلا كيل ولا وزن بل بإراءة الصبرة . والجزف فى الأصل : الأخذ بكثرة من قولهم جزف له فى الكيل إذا أكثر . ومرجعه إلى المساهلة . قال المصنف (وهذا) يعنى البيع مجازفة مقيد بغير الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها ، فأما الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربا وهو مانع كحقيقة الربا ، وهذا أيضا مقيد بما يدخل تحت الكيل منها ، وأما ما لا يدخل كحفنة بحفتين فيجوز . وفى الفتاوى الصغرى عن محمد أنه كره التمرق بالتمرتين فقال : ما حرم فى الكثير حرم فى القليل . والقيد مقيد أيضا بما إذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها كفة بكفة فإنه لا يخرج عن المجازفة بسبب أنه لا يعرف قدره . ومع ذلك لو باع الفضة كفة ميزان بكفة ميزان جاز ، لأن المانع إنما هو احتمال الربا وهو باحتمال التفاضل ، وهو منتف فيما إذا

ماسنح على فى حل هذا الموضع والله أعلم . قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة) المراد بالطعام الخنطة ودقيقها لأنه يقع عليها عرفا ، وسياقى فى الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص وأمثالهما ، كل ذلك إذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه أو بخلافه ، وإذا بيع (مجازفة) فإن كان شيئا لا يدخل تحت الكيل فكذلك وإن كان مما يدخل تحته لا يجوز إلا (بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام) إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم » . لا يقال : لادلالة فى الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لأنه مفهوم من الشرط ، وهو ليس بحجة

(قوله وإن كان مما يدخل تحته ، لى قوله : لا يقال لادلالة الحديث على المنع الخ) أقول : أنت خير بأن إيراد الحديث ليس للدلالة على المنع بل للدلالة على الجواز إذا بيع بخلاف جنسه ، وأما الدليل على المنع فهو قوله لما فيه من احتمال الربا ، تأمل يظهر لك سوء ترتيب الشارح فى تقرير الكلام مخالفا لما اختاره المصنف من النظام .

ولأن الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة : قال (ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) لأن الجهالة لا تنفص إلى المنازعة لما أنه يتعجل فيه التسليم فينلر هلاكه قبله بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة :

وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز : والحديث الذي ذكره بمعناه وهو ما روى أصحاب الكتب الستة إلا البخارى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يدا بيد » فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كانت يدا بيد » (ولأن) هذه (الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم) لتعجل التسليم على ماتقدم فلا يمنع (فشابه جهالة القيمة) للمبيع بعد رؤيته ومشاهدته ، فإنه لو اشترى من إنسان ما يساوى مائة بدرهم والبائع لا يعلم قيمة ما باع لزم البيع (قوله ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) قد قيد الإناء بكونه مما لا يمتثل الزيادة والنقصان كأن يكون من خشب أو حديد ، أما إذا كان يحتمل كالزئبيل والجوالق فلا يجوز ، وعلى هذا بيع ملء قربة بعينها أو راوية من النيل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز ، لأن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن أطلق في المجرى جوازه ، ولابد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين ، فلو ملأه بأصغر منها لا يقبل : وكذا راوية منه يوفيه في منزله . وعن أبي يوسف إذا ملأها ثم تراضيا جاز كما قالوا لو باع الحطب ونحوه أحمالاً لا يجوز . ولو حمله على الدابة ثم باعه الحمل جاز لتعين قدر المبيع في الثاني . وفي الخلاصة اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات جاز استحساناً إذا كانت القربة معينة . وعن أبي يوسف أيضاً يجوز في القرب مطلقاً . وفي المحيط : يبيع الماء في الحياض والآبار لا يجوز إلا إذا جعله في وعاء . ووجه في المبسوط مسألة الكتاب بأن في المعين مجازة يجوز فيمكيال غير معروف أولى . وفيه نظر فإن في المجازة الإشارة إلى عين المبيع

لأن الدليل على ذلك صدر الحديث ، ولأن الجهالة مانعة إذا منعت التسليم ، وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما إذا باع شيئاً لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم ، بخلاف ما إذا باع يحنسه مجازة لما فيه من احتمال الربا قال (ويجوز) بإناء بعينه إذا باع الطعام أو الحبوب (بإناء بعينه أو بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره جاز) لأن الجهالة المانعة مانعة من التسليم إلى المنازعة ، وهذه ليست كذلك لأن التسليم في البيع متعجل فينلر هلاك كل منهما من الإناء والحجر قبل التسليم . وقيل يشكّل على هذا ما إذا باع أحد العبيد الأربعة على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام يأخذ أيهم شاء ويرد الباقي ، أو اشترى بأى ثمن شاء فإن الجهالة لم تقض إلى المنازعة والبيع باطل ، وليس بوارد لأننا قلنا إن الجهالة المفضية إلى النزاع مفسدة للعقد وهذا لانزاع فيه ، ولم نقل إن كل ما هو باطل لا بد وأن يكون للجهالة ، فيجوز أن يكون البيع باطلاً لمعنى آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الأولى ولعدم الثمن في الثانية . وروى عن أبي يوسف أن الجواز فيما إذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصة ونحوها ، أما إذا كان مما ينكبس كالزئبيل ونحوه فإنه لا يجوز ، بخلاف السلم فإنه لا يجوز بإناء مجهول القدر وإن كان معيناً ، وكذا الحجر لأن التسليم فيه متأخر ، والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة . وعن أبي حنيفة في رواية الحسن بن زياد أن البيع أيضاً لا يجوز كالسلم لأن البيع في المكيلات والموزونات إما أن يكون مجازة أو يذكر القدر ، ففي المجازة المعقود عليه هو ما يشار إليه ولا معتبر بالمعيار ، وفي غيرها المعقود عليه هو ما يسمى من القدر ولم يوجد شيء منها فإن القرض عنم

(قوله وهو عدم المعقود عليه لكونه غير عين في الأولى الخ) أقول : إذا كان غير عين يكون مجهولاً وسيجىء أن الفساد فيه للجهالة .

وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أفضا ، والأول أصح وأظهر .

ثابتة تفيد الإحاطة بمقدار جرمه وأقطاره ، ومثل هذا التمييز لا يحصل لها في كيل غير معلوم قبل أن يصب فالأولوية منتفية بلا شك . والوجه يقتضي أن يثبت الخيار إذا كان به أو وزن للمشتري كما في الشراء بوزن هذا الحجر ذهبا نص في جمع النوازل على أن فيه الخيار إذا علم به ، ومعلوم أن ذلك بالوزن : وفي جمع التفاريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر ، وفيه الخيار ، وينبغي أن يكون هذا محمل الرواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا كما لا يجوز في السلم ، فقوله لا يجوز : أى لا يلزم . قال المصنف (والأول أصح) أى من جهة الرواية (وأظهر) أى من حيث الوجه المذكور في الكتاب . وحاصله أن الجهالة وإن كانت ثابتة لكنها لا تقضى إلى المنازعة وهى المانعة ، وذلك لأنه يتعجل فيندر هلاكه ، بخلاف السلم لا يتعجل فقد يهلك ذلك الكيل والحجر فيتعذر تسليم المسلم فيه ، ولا يخفى أن هذا الوجه لا ينفى ثبوت الخيار ، وأقرب الأمور إلى مانحن فيه قول أبي حنيفة في المسئلة التى تلى هذه : وهى ما إذا باع صبرة كل قفيز بدرهم أنه إذا كال في المجلس حتى عرف المقدار صح ، ويثبت الخيار للمشتري كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع مع أن الفرض أنه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الإشارة إليها ، لكن هذه الرواية أتم ، وصار كما إذا رأى الدهن في قارورة زجاج فإنه يثبت الخيار بعد صبه . هذا وقد روى عن أبي يوسف اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لأنها تنقص بالخفاف ، وعول بعضهم على ذلك وليس بشئ فإن البيع بوزن حجر بعينه لا يصح إلا بشرط تعجيل السلم ولا خفاف يوجب نقصا في ذلك الزمان ، وما قد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع ، بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الإسلام في وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فيتعذر التسليم وتقع المنازعة المانعة منه ، والفرض أن أقل مدة السلم ثلاثة أيام ، ولا شك أن تأخر التسليم فيه إلى مجلس آخر يفضى إلى المنازعة لأن هلاكه إن ندر فلاختلاف في أنه هو أو غيره والتهمة فيه ليس بنادر ، وكل العبارات تفيد تقييد صحة البيع في ذلك بالتعجيل كما في عبارة المبسوط حيث قال : لو اشترى بهذا الإناء يدا بيد فلا بأس به ، ثم إن في المعين البيع مجازفة يجوز فبمكيال غير معروف أولى ، وهذا لأن التسليم عقيب البيع إلى آخر ما ذكر وتقدم النظر في الأولوية . هذا وأورد على التعليل بأن الجهالة لا تقضى إلى المنازعة ما إذا باع عبدا من أربعة يأخذ المشتري أيهم شاء أو باع بأى ثمن شاء فالبيع باطل مع أنه لا يفضى إلى المنازعة . أجب بأن المبطل في المورد معنى آخر وهو عدم المبيع والثنى لا الجهالة ، وكان مقتضاه أنه لا يجوز في عبد من ثلاثة ، لكن جاز على خلاف القياس كما سيأتى ، ولا شك أن القياس ما عن أبي حنيفة في القرية من ماء النهر وأنه كبيع الطير قبل أن يصطاده ، كما لو باعه كرا من حنطة وليس في ملكه حنطة صرحوا بأنه لا يجوز إلا أن يكون سلما . وأما الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد أن يسمى نوع القرية في ديارنا بمصر إذا لم تكن معينة مثل قرية كثافية أو سقاوية أو رواسية كبيرة ، ثم بعد ذلك التفاوت يسير أهدر في الماء . ونظير مانحن فيه ما إذا باع حنطة مجموعة في بيت أو مطمورة في الأرض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة أن له الخيار إذا علم . إن شاء أخذها بجميع الثمن ، وإن شاء ترك ، وإن كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز ولا خيار له إلا أن يظهر تحتها دكان : أى صفة ونحوها ، وكذا في فتاوى القاضى .

المجازفة ، والمكيال إذا لم يكن معلوما لم يسم شئ من القدر (والأول أصح) يعنى من حيث الدليل فإن المعيار المعين لم يتقاعد عن المجازفة (وأظهر) يعنى من حيث الرواية .

قال (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة إلا أن يسمى جملة قفزاتها وقال يجوز في الوجهين) له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والتمن فيصرف إلى الأقل وهو معلوم ، إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزات أو بالكيل في المجلس ، وصار هذا كما لو أقر وقال لفلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالإجماع .

وعن أبي جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطشت جاز ، ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز . وفي الفتاوى : بعث منك مالى في هذه الدار من الرقيق والدواب والثياب والمشتري لا يعلم ما فيها فهو فاسد لجهالة المبيع ؛ ولو قال مالى هذا البيت جاز ، وإن لم يعلم به لأن الجهالة بسيرة ، وإذا جاز في البيت جاز في الصندوق والجواري ، ولو قال بعث منك نصيبى من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول ؛ ولو اشترى موزونا بإناء على أن يفرغه ويزن الإناء فيحط قدر وزنه من الثمن جاز ، وكذا تمنع الجهالة السابقة كذلك تمنع اللاحقة قبل التسليم ، فلذا اختلفوا فيما إذا باع الحمد الكائن في الحزمة ، قيل لا يجوز حتى يسلم أولا ثم يبيع ، والإصحح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه أبي جعفر إذا سلم قبل ثلاثة أيام ، ولو سلم بعدها لا يجوز لأنها تنوب في كل ساعة وهو وجه من منع قبل التسليم ، غير أن النقص قليل قبل الأيام الثلاثة غير معتبر فلهذا أهدر وجاز ، وقيل إنه يختلف باختلاف الصيف والشتاء وغلاء الحمد ورخصه فينظر إلى ما يعده الناس كثيرا بحسب الأوقات فيجوز إذا سلمه قبل ، وسيأتى من هذا الباب شيء في خيار الرؤية إن شاء الله تعالى (قوله ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله) يعنى أن موجب هذا اللفظ والإشارة لإيجاب البيع في واحد عنده ، ويتوقف في الباقي إلى تسمية الكل في المجلس أو كيله فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشتري ، فإن رضى هل يلزم البيع على البائع وإن لم يرض أو يتوقف على قبوله أيضا . روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يجوز إلا بتراضيهما ، وروى محمد خلافة حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضى المشتري بأخذ الكل لا يعمل فسخه ، وقال أبو يوسف ومحمد : صح البيع في الكل وهو قول الأئمة الثلاثة ، ثم إذا جاز في قفيز واحد فالمشتري فيه الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البائع لأن التفريق جاء من قبله بسبب عدم تسميته جملة القفزات (له أنه تعذر صرف البيع إلى الكل لجهالة المبيع والتمن) ولا جهالة في القفيز فلزم فيه ، وإذا زالت بالتسمية أو الكيل في المجلس ثبت الخيار كما إذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية إذ المؤثر

قال (ومن باع صبرة طعام) إذا قال البائع بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، فإذا أن يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزات أو بالكيل في المجلس أولا ، فإن كان الأول فالبيع جائز والمبيع علة ما فيها من القفزات ، وإن كان الثاني فالبيع قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله ، وجملة القفزات كأول عندهما ، لأبي حنيفة أن صرف اللفظ إلى الكل متغير لجهالة المبيع والتمن جهالة تفضى إلى المنازعة لأن البائع يطلب تسليم الثمن أولا والتمن غير معلوم فيقع النزاع وإذا تعذر الصرف إلى الكل صرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة في المجلس بأحد الأمرين المذكورين فيجوز ، لأن ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم . فإن قيل : سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا كما إذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول

(قوله لأبي حنيفة إلى قوله جهالة تفضى إلى المنازعة) أقول : ولعل الأولى أن يقول جهالة تفضى إلى امتناع تسليم الثمن الواجب بالعقد (قوله لأن البائع يطلب تسليم الثمن أولا الخ) أقول : هذا غير معقول (قوله إلا أن تزول الجهالة الخ) أقول : تأمل في هذا الاستثناء (قوله فإن قيل : سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا) أقول : بلا تقييد بالمجلس (قوله كما إذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول الخ) أقول : كان يبيع إلى التبريز والمهرجان وقدم الحاج ثم أسقطا الأجل قبل حلوله ، وسيجىء تفصيله في أواخر البيع الفاسد .

ولهما أن الجهالة بيدهما إزالتها ومثلها غير مانع ، وكما إذا باع عبدا من عبدتين على أن المشتري بالخيار : ثم إذا جاز في قفبز واحد عند أبي حنيفة للمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه ،

في الأصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى ، بخلاف ما إذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر الفساد ، وما في المحيط عن بعض المشايخ أن عنده يصبح في الكل وإن علم بعد المجلس بعيد لأن ما في المجلس كالثابت في صلب العقد ، بخلاف ما بعده ، ولا يلزم إسقاط خيار أربعة أيام بعد المجلس ، وكذا زوال جهالة الأجل المجهول بعده حيث يجوز العقد بزوال الفساد بعد المجلس لأن الفساد فيهما لم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد رفع الفساد بالمجلس ، وهذا لأن أثر الفساد فيهما لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الأجل . وأما ما أورد من أن الجهالة وإن كانت ثابتة لكنها لا تنفضي إلى المنازعة لأن بعد العلم بأن كل قفبز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفزان كثيرا أو قليلا ، فجوابه أن الفساد هنا جهالة الثمن كمية خاصة وقدر لا لعدم الإشارة ولا معرف شرعا له غير ذلك . وأما الجواب بمنع كونها غير مفضية إلى المنازعة لأن البائع قد يطالب المشتري بتسليمه الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فيتنازعان فتهاقت ظاهر ، لأنه لا يتصور أن يطالبه إلا بعد أن يكيله ليعرف القدر الذي يطالب به ، إذ لا يمكن أن يطالبه إلا بكمية خاصة مشار إليها أو مضبوطة الوزن وحينئذ يعلمها المشتري فيقدر على التسليم ، ولو امتنع بعد هذا التقدير كان مطلا المنازعة المفسدة (ولهما أن هذه جهالة بيدهما إزالتها) بأن يكيلا في المجلس والجهالة التي هي كذلك لا تنفضي إلى المنازعة كبيع عبد من عبدتين أو ثلاثة على أن

أو شرط الخيار أربعة أيام . أجيب بأن الفساد في صلب العقد قوى يمنع من الانقلاب ويقيد بالمجلس ، وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لأمر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه لظهور أثره في اليوم الرابع وبامتداد الأجل (ولهما أن هذه جهالة إزالتها في أيديهما وما كان كذلك فهو غير مانع) أما أن إزالتها بأيديهما فلا تنفع بكيلا كل منهما ، وقيد بقوله بيدهما احترازا عن البيع بالرقم فإنه لا يجوز ، لأن إزالتها إما بيد البائع إن كان هو الراقم ، أو بيد الغير إن كان الراقم غيره ، وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على إزالتها ، وأما أن كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما إذا باع عبدا من عبدتين على أن المشتري بالخيار . وأجيب لأن حنيفة أن القياس فيه الفساد أيضا ، إلا أنا جوزناه استحسانا بالنص ، ومعناه أنه في معنى ما ورد به النص على ما سيأتي فيكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان لا يتعدى إلى غيره ، ولهذا لم يجوز أبو حنيفة فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ، ثم إذا جاز في قفبز واحد عند أبي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البائع ، لأن التفريق وإن كان في حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جملة القفزان فكان راضيا به ، وهذا صحيح إذا علمها ولم يسم ، وأما إذا لم يعلم بها فالوجه أنه نزل منزلة من باع مالم يره لما يأتي فلا خيار له ، وفيه بحث . أما أولا فلأن تفريق الصفقة لو

(قوله أجيب بأن الفساد في صلب العقد قوى الخ) أقول : يرد أن يقال : إذا كان الفساد في صلب العقد ينبغي أن لا يرتفع أصلا كما في بيع الدرهم بالدرهمين وإسقاط الدرهم الزائد ، ويجوز أن يقال بأن الفساد هنا محل الخلاف فضعف بخلافه (قوله لأن التفريق وإن كان في حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسميته جملة القفزان وكان راضيا به ، وهذا صحيح إذا علمها ولم يسم الخ) أقول : وعندى أن مجيء التفريق من قبله بالامتناع عن التسمية يمس صورة عدم علمه بجملة القفزان فإنه كان يمكن أن يزيل ذلك الجهل بطريق ثم يشرع في البيع ، فحيث لم يفعل ذلك ولم يسم كان راضيا بموجبه فتأمل (قوله فالوجه أنه نزل منزلة من باع مالم يره لما يأتي فلا خيار له) أقول : إن أراد أنه لا خيار له مطلقا ولو إذا تفرقت الصفقة عليه فليس كذلك ، وإن أراد أنه ليس له خيار الرؤية

وكذا إذا كيل في المجلس أو سمى جملة قفزاتها لأنه علم ذلك الآن فله الخيار . كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع :

المشتري بالخيار يأخذ أيهما شاء : وقد أورد عليه نقض إجمالى لو صح ما ذكر من أن الجهالة التي بيدهما إزالتهما غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرقم عندهما وأنه يجوز بيع عبد من أربعة ، على أن المشتري يخبر في تعيينه ، وأن يجوز البيع بأى ثمن شاء ، لكن البيع في الكل باطل . أجيب بأن البيع بالرقم تمكنت الجهالة به في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذى فيه أنه سيظهر كذا وكذا ، وجوازه إذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطى كما قاله الحلوانى ، بخلاف ما نحن فيه لأنه كما يعلم بكيل البيع يعلم بكيل المشتري ، ومثل هذا القول البيع بأى ثمن شاء ، ومثله في أحد العبيد الأربعة في جانب المبيع ، فإن البيع لا ينعقد في غير معين فكان بيعا بلا مبيع ، وكان مقتضى هذا أن لا يجوز في عبد من ثلاثة إلا أنه يثبت بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة أيام

استلزم الخيار لا طرد وليس كذلك ؛ فإنه إذا باع الرجلان عبدا مشتركا بألف ثم اشترى أحدهما الكل بخمسائة قبل نقد الثمن فإنه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له . فها هنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار . وأما ثانيا فلأن قياس قول أبى حنيفة أن لا يخبر المشتري للزوم انصراف البيع إلى الواحد لعلمه كما لو اشترى قنا مع مدبر فإنه لا خيار له في القن لعلمه أن البيع ينصرف إليه . والحاصل أن الخيار يوجب التفريق والتفريق إنما يتحقق أن لو كان العقد واردا على الكل والمشتري يقبل البعض ، وليس كذلك ها هنا على قول أبى حنيفة . والجواب عن الأول أنا لا نسلم تفريق الصفقة لأن الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه إلى البعض تفريقا ، وإنما وقع على نصيب شريكه لا غير لأن وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأنه لا يجوز فصار كمن اشترى قنا ومدبرا فإن البيع ينصرف إلى القن فقط لأن المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن . وعن الثانى بأن انصراف البيع إلى قفيز واحد مجتهد فيه ، والعوام لا علم لهم بأحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة على قولهما وإن لم يلزم على قول أبى حنيفة ، وهذا ضعيف لأن قولهما إن الكل مبيع فن أين التفريق . والأولى أن يقال : قياس قول أبى حنيفة تفريق الصفقة لأن الصيغة موضوعة للكثرة وقصدهما أيضا الكثرة وما ثمة مانع شرعى عن الصرف إلى الجميع ، ولهذا لو علم المقدار في المجلس جاز ، والصرف إلى الأقل باعتبار تعذر الكل للجهالة صرف للعقد إلى بعض مادل عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان ، وليس تفريق الصفقة إلا ذلك . بقى أن يقال فكان الواجب أن يثبت الخيار للعاقدين جميعا ، وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه (قوله وكذا إذا كيل في المجلس أو سمى جميع قفزاتها) يعنى كان للمشتري الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لأنه علم ذلك الآن ، فربما كان في حذسه أو ظنه أن الصبرة تأتى بمقدار ما يحتاج إليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يتمكن من أخذ الزائد مجانا ، وفي تركه تفريق الصفقة على البائع أو نقصت فيحتاج أن يشتري من مكان آخر وهل يوافق أو لا فصار كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ، وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة .

فمسلم ، وما نحن فيه ليس كذلك بل الخيار يتفرق الصفقة . ثم الأولى تأخير قوله لما يأتى عن قوله فلا خيار له فليتأمل (قوله وعن الثانى بأن انصراف البيع إلى قفيز واحد مجتهد فيه الخ) أقول : قيل الانصراف إلى نصيب الشريك فيما سبق مجتهد فيه أيضا ، ولهذا لا يشيع الفساد على ماسيجىء في باب البيع الفاسد فالفرق (قوله وهذا ضعيف لأن قولهما أن الكل مبيع فن أين التفريق) . أقول : فيه أنه يجوز أن يكون مراد المجيب أنها يقصدان كون الكل مبيعا على مذهبهما ، والقاضى يحكم بمذهب أبى حنيفة فتفترق الصفقة عليها فليتأمل (قوله وما ثمة مانع شرعى عن الصرف إلى الجميع الخ) أقول : فيه بحث ، فإن الجهالة مانعة كما اعترف به (قوله وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه) أقول : وقد تقدم ما في الجواب الذى اختاره أيضا .

قاله (ومن باع قطيع غنم كل شاة ببلزهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة ، وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع ببلزهم ولم يسم جملة الذرعان ، وكذلك كل معلود متفاوت ، وعندهما يجوز في الكل لما قلنا ، وعندنا ينصرف إلى الواحد) لما بيننا غير أن بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت .

ولا يخفى أن كل أجوبة هذه النقوض تصلح أدلة لأبي حنيفة ، فإنها تضمنت تسليم أن الجهالة وإن كانت بيدهما إزالتها بعد كونها في صلب العقد ، وهي أن تكون في الثمن كالبيع بالرقم وبأى ثمن شاء ، أو في المبيع كبيع عبد من أربعة تمنع جواز البيع ، وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع إمكان إزالتها ثابت في حل النزاع إذ جاز أن يظهر كونه مائة أو خمسين إلا بكيل أحدهما وكون ذلك بكيل كل منهما ، وفي الرقم يظهر بالبائع فقط لا أثر له في دفع منع الحظر والتمكن في صلب العقد وهو المفسد ، وإذا فسد البيع في عبد من أربعة والجهالة في مضبوط لانحصارها في احتمالات أربعة لاتتعداها ، فلأن تفسد في صبرة لاتتغلب الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه أربع إمكانات أو عشرة أولى ، بل ويسجل عليهما ببطلان قياسهما على بيع عبد من عشرين إذ ظهر من الجواب أنه معدول عن القياس ولذا امتنع في أربعة أعبد ، وحينئذ ترجح قول أبي حنيفة ، وظهر أن كون العاقدين بيدهما إزالة جهالة في صلب العقد من الثمن ، والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل إزالتها بدلالة الإجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع إمكان إزالتها فيها ، وغايته إذا أزيلت في المجلس وهما على رضاهما ثبت بعقد التراضي والمعاطاة لا بعين الأول كما ذكر في الرقم ، بل ولهذه الفروع المذكورة أمثال يطول عددها يبطل البيع فيها لجهالة في الثمن أو المبيع مع إمكان إزالة أحد المتعاقدين لها وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في ترجيحهما قولهما وهو ممنوع ، وأما ما يحمل قول أبي حنيفة عليه مما ذكر في المبسوط من أن الأصل عنده أنه متى أضيف كلمة كل إلى مالا تعلم نهايته فإنما يتناول أدناه لصيانتها عن الإلغاء كالإقرار بأن عليه كل درهم إنما يلزمه درهم واحد ، وكذا إجارة كل شهر ببلزهم تلزم في شهر واحد فلا حاجة له هنا لأنه لو منع صحة هذا الأصل كان إثباته بعين ما ذكر في تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو نفسه أصل هذا الأصل .

[فرع] اشترى طعاما بغير جنسه خارج المصر وشرط أن يوفيه في منزل من المصر فالعقد فاسد ، لأن المشتري يملكه بنفس العقد ، فإذا اشترط لنفسه منفعة الحمل فسد ، ولو كان في المصر وشرط أن يحمله إلى منزله فهو فاسد ، ولو غير بقوله بشرط أن يوفيه في منزله ففي القياس فاسد وهو قول محمد . واستحسن أبو حنيفة وأبو يوسف جوازه بالعرف ، فإن الإنسان يشتري الحطب والشعير على الدابة في المصر ولا يكتري دابة أخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصر ، وبعض المشايخ لم يفرقوا بين لفظ الحمل والإيفاء في الاستحسان لأن المراد منهما واحد ، واختار شمس الأئمة الفرق فإن الإيفاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحمل (قوله ومن باع قطيع غنم الخ) لما ذكر الصورة السابقة في المثليات ذكر نظيرها في القيميات ، فإذا أضاف البيع

(وأما إذا باع قطيع غنم كل شاة ببلزهم فالبيع عند أبي حنيفة رحمه الله في الجميع فاسد ، وقياس قوله الصنف إلى الواحد كما في المكيلات) إلا أن التفاوت بين الأشياء موجود وفي ذلك جهالة تفضي إلى المنازعة ، بخلاف المكيلات وحكم المدروعات إذا بيعت مزارعة بحكم الغنم إذا لم يبين جملة الذرعان وجملة الثمن ، وأما إذا بينهما أو أحدهما كما إذا قال بعثك هذا الثوب وهو عشرة أذرع بعشرة دراهم كل ذراع ببلزهم ، أو قال بعثك هذا الثوب

وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة إلى المنازعة فيه وتفضي إليها في الأول فوضح الفرق . قال (ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن ، وإن شاء فسخ البيع) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاءه بالموجود ، وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف (ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم

على الوجه المذكور في الحيوانات بأن قال بعثك هذه القطيع كل شاة بدرهم أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملة الثمن فسد في الكل عند أبي حنيفة ، أما إذا سمى أحدهما فيصح بالاتفاق للعلم بتمام الثمن مطابقة أو التزاما فيما إذا اقتصر على بيان عدد القطيع ، وعندهما يجوز في الكل لما قلنا من أن الجهالة بيدهما إزالتها وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا من جهالة كل الثمن وإلغاء كون ارتفاعها بيدهما غير أن الاتحاد هنا متفاوت فلم ينقسم الثمن على الجملة بالإجزاء فتتق مازعة في تعيين ذلك الواحد ففسد في الكل ، ولهذا لو باع شاة أو عشرة من مائة شاة أو بطيخة أو عشرة من وقر بطيخ كان باطلا . وأما الجواز فيما إذا عزلها وذهب والبائع ساكت فبالتعاطى على ما قلنا قال العتاني : إن ذلك في ثوب يضره التبعض ، أما في الكرباس فينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام ، وعلى هذا الخلاف كل معدود متفاوت كحبل بطيخ كل بطيخة بفلس والرمال والسفرجل والخشب والأواني والرقيق والإبل . ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن أبي حنيفة لا يجوز وإن بينه بعد ذلك ، وكذا في الدار ، وهذا غير الأليق بأصله المذكور في الخلافية . وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا ، والوقر عنده معروف ، إن كان العنب من جنس واحد يجب أن يجوز في وقر واحد عند أبي حنيفة كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم ، وإن كان العنب أجناسا لا يجوز البيع أصلا عند أبي حنيفة كقطيع الغنم ، وعندهما يجوز إذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال ، وكذا إذا كان الجنس مختلفا فكذا أورد الصدر الشهيد ، والفقيه أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما إذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وإن كان من أجناس مختلفا فيه : ثم قال الفقيه : والفتوى على قولهما تيسيرا للأمر على الناس انتهى ، وتفرع الصدر الشهيد أوجه (قوله ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز) مثلا (بمائة) تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة (كان للمشتري الخيار ، إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن) لأن الثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المثل مكيلا أو موزونا (فإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة) الواحدة عليه ، وكذا الخلاصة في كل مكمل وموزون (وإن وجدها زائدة فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين) ليس

وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم ، أو قال بعثك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح . أما الأولى فظاهرة ، وأما الثانية فلأن المعقود عليه معلوم ، وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذراعان الثوب . وأما الثالثة فلا أنه لما سمى لكل ذراع درهما وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوما ، وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والأواني ، وأما عندهما فهو جائز في الكل لما قلنا قال (ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم) فلا يخلو عند الكيل من أن يكون مثل ذلك أو أقل منه أو أكثر ، فإن كان الأول فذاك ، وإن كان الثاني خير المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا ، وإن كان الثالث

(قوله فهو جائز في الكل لما قلنا) أقول : من أن إزالة الجهالة بيدهما (قوله وإن كان الثاني خير المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الخ) أقول : قوله لتفرق الخ ينبغي أن يكون علة للفسخ لا لقوله خير إذ لا معنى له ، وأيضا لا يكون الكلام مطابقا للمشروح (قوله لتفرق الصفقة عليه) أقول : فرق بين التفرق والتفريق فلا مخالفة لما سبق . .

أو أرضا على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدتها أقل فالمشتري بالخيار ، إن شاء أخذها بجملة الثمن ، وإن شاء ترك (لأن النزاع وصف في الثوب ؛ ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كأطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن ، بخلاف الفصل الأول لأن المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بمحضته ، إلا أنه يتخير لقوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا. قال (وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري

له جهة الوصفية ، فما زاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع ، ولو كان المشتري ثوبا أو أرضا على أنه عشرة بعشرة أو مائة ذراع بمائة فوجد المبيع أقل فإن شاء أخذ الموجود بكل الثمن وإن شاء ترك ، وإن وجدها زائدة على العشرة أو المائة كان الكل للمشتري (ولو) كان (قال على أنها مائة ذراع) مثلا (بمائة كل ذراع بدرهم فوجدتها أقل فالمشتري الخيار) إن شاء أخذ الموجود كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفة عليه (وإن كان) وجدها أكثر فله الخيار إن شاء أخذ الكل كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع ، وأصل هذا أن النزاع في المذروعات وصف لأنه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء ، فإن لم يفرد بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشيء من الثمن ، وذلك فيما إذا قال على أنها مائة بمائة ولم يزد على ذلك ، وإذا كان تابعا محضا في هذه الصورة والتوايح لا يقابلها شيء من الثمن كأطراف الحيوان حتى أن من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن ، أو اعورت عند المشتري جاز له أن يراجع على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص ، وإنما يتخير لقوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما إذا اشتراه على أنه كاتب فوجدته

فالزائد للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره إلا إذا كان وصفا ، والقدر أي القدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبائع لا يجب تسليمه إلا بصفة على حدة ، وكذا قبض المشتري وكان كل من العاقدين بخيرا فيها إن شاء باسرها أو تركها ، وإذا كان المشتري مذروعا كأن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضا على أنها مائة ذراع فوجدتها أقل خير المشتري بين أخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لأن النزاع وصف في الثوب المبيع ، وكل ما هو وصف في البيع لا يقابله شيء من الثمن فالنزع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن ، أما أنه وصف فقد بينه بقوله : ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض وهما من الأعراض ، وأما أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله كأطراف الحيوان ، فإن من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء ، فلهذا أي فلكون النزاع وصفا لا يقابله شيء من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن ، بخلاف الفصل الأول : يعني المكمل لأن المقدار ليس بوصف فيقابلة الثمن فلهذا يأخذه بمحضته (وقال إلا أنه يتخير) استثناء من قوله يأخذ بكل الثمن ، وعلى هذا إذا وجدها أكثر من الذراع الذي سماه كان الزائد للمشتري ولا خيار للبائع لأنه وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء من الثمن ، فصار كما إذا باع عبدا على أنه أعمر فإذا هو بصير . واعلم أن هذه المسئلة من أشكال مسائل الفقه ، وقد منع أن يكون النزاع في المذروعات وصفا ، والاستدلال بقوله : ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم ؛ لأنه كما يجوز أن يقال شيء طويل وعريض يقال شيء قليل أو كثير ، ثم عشرة أقفزة أكثر من تسعة لا محالة ؛ فكيف جعل النزاع الزائد وصفا دون القفيز ؟ وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الأصل والوصف ، واختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم : ما تعيب بالتنقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف ،

(قال المصنف : ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض) أقول : إلا أن فيما نحن فيه عبارة عن الطول .

ولا خيار للبائع) لأنه صفة ، فكان بمنزلة ما إذا باعه معيبا ، فإذا هو سليم (ولو قال بعثتها على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم موجدتها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وإن شاء ترك) لأن الوصف وإن كان تابعا لكنه صار أصلا بإفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لأنه لو أخذه

لا يحسن الكتابة ، وله الزائد في الصورة الزائدة (كما إذا باعه) على أنه معيب فوجدته سليما ، هذا إذا لم يفرد بالثمن ، فإن أفرد بالثمن وهو ما إذا قال على أنها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار أصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ، ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على أنها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدتها ناقصة يخير بين أن يأخذ الأثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفرق الصفة ، فكذا إذا وجد النرعان ناقصة في هذه الصورة ، وهذا لأنه لو أخذها بكل الثمن لم يكن أخذها كل ذراع بدرهم ، ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلا كما لو لم يسلم له الثوب المفرد فيما إذا زادت عدد الثياب على المشروط وإن كان بينهما فرق ، فإن

وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل . وقال بعضهم : ما لوجوده تأثير في تقدم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره فهو وصف ، وما ليس كذلك فهو أصل . وقيل ما لا ينقص الباقي بقواته فهو أصل ، وما لا يكون كذلك فهو وصف ، وهو قريب من الثاني . والمكيل لا يتعيب بالتبعض ، والملدوع يتعيب ، وعشرة أقفزة إذا انتقص منها قفيز فالتسعة تشتري بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما إذا قال اشترت هذه الصبرة بعشرة دراهم على أنها عشرة أقفزة ، وأما اللراع الواحد من الثوب أو الدار إذا انتقص فإن الباقي لا يشتري بالثمن الذي كان يشتري معه ، فإن الثوب العتالي إذن مثلا إذا كان خمس عشرة ذراعا فالخمس الزائدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة أيضا . وإذا عرف هذا عرف أن القلة والكثرة من حيث الكيل أو الوزن أصل ومن حيث النرع وصف ، وهو اصطلاح يقع على ما هو المتعارف بين التجار . فإن قيل : سلمنا أن اللرع وصف ولكن لانسلم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فإن المبيع المعيب إذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب ، كن اشتري عبدا وأعتقه أو مات ثم اطلع على نقصان أصبح يرجع على بائعه بالنقصان ، وكمال الأصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور . أجب بأن كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول ، فإنه إذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما إذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم أو حكما كما إذا امتنع الرد لحق البائع كما إذا تعيب المبيع عند المشتري أو لحق الشرع بأن كان ثوبا فخطاه المشتري ثم اطلع على عيب أخذ شيئا بالأصل فأخذ قسطا من الثمن ، ولو قال بعثتها : يعني الثياب أو الملدوعات كذا في النهاية ، وفيه نظر لأن المبيع إن كان ثيابا لم تكن هذه المسئلة . والأولى أن يقال : يعني الأرض فإذا باعها على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فإن وجدت ناقصة أخذها المشتري بحصتها من الثمن أو ترك ، لأن الوصف وإن كان تابعا لكنه صار أصلا بإفراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ، وهذا معنى قولهم إن الوصف يقابله شيء من الثمن إذا كان مقصودا بالتناول ، وهذا : أي أخذها بحصتها من الثمن إنما هو لأنه لو أخذها بجميع الثمن لم يكن المشتري أخذها كل ذراع بدرهم وهو لم يبيع إلا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم ، لأن كلمة على تأتي للشرط كما عرف في موضعه . ونوقض بالمسئلة الأولى لأن اللراع لو أمكن أن يكون أصلا بذكر الثمن كان أصلا في المسئلة الأولى أيضا لأنه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة أذرع ، ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد : وأجب بأن اللراع أصل من وجه من حيث أنه من أجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز ، ووصف من وجه

بكل الثمن لم يكن آخذاً لكل ذراع بدرهم (وإن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم ، وإن شاء فسخ البيع) لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير ، وإنما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلاً ، ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذاً بالمشروط .

عدد الثياب إذا زادت فسد البيع للزوم جهالة المبيع لأن المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يرد إلى البائع بسبب أنه أصل من كل وجه . أما هنا فالذراع ليس أصلاً من كل وجه لفسد فيثبت له الخيار بين أن يأخذ الزائد بحصته وبين أن يفسخ ، لأنه وإن صح له أخذ الزائد لكنه بضرر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار ، وإذا ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفاً تارة وأصلاً أخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات إلا أصلاً دائماً مع أن الطول والعرض أيضاً يرجع إلى القدر ، ويمكن أن يجعل القدر وصفاً احتيج إلى الفرق قليل لأن المثل لا تنقص قيمته بنقصان القدر ، فإن الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت إلى قفيزين في القلة لم تنقص قيمة القفيز ، بخلاف الثوب والأرض ؛ ألا ترى أن الثوب الذي عاداته عشرة وهو قدر ما يفصل قباء أو فرجة كان بثمان إذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ، ولو أفرد الذراع وبيع بمفرده لم يساو في الأسواق ذلك المقدار بل أقل منه بكثير ، وذلك لأنه لا يفيد الغرض الذي يصنع بالثوب الكامل فعملنا أن كل جزء منه

من حيث أنه لا يقابله شيء من الثمن كالحمال والكتابة ، ثم لوجعلنا عشرة أذرع منقسمة على الأفراد عند ذكر كل ذراع لزم إلغاء الوصفية من كل وجه ، فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره ، وبالأصلية عند ذكره عملاً بالشبهين ، وفيه نظر لأن قوله من حيث أنه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها . والأولى أن يقال : إذا لم يفرد كل ذراع بالذکر كان كون كل ذراع مبيعاً ضمناً ، ولا معتبر بذلك لما ذكرنا أن الوصف بصير أصلاً إذا كان مقصوداً بالتناول ، وإن وجدت زائدة أخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم أو فسخ ، أما خيار الفسخ فلأنه إن حصل له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر فيتخير ، وأما لزوم الزيادة فلما بينا أنه صار أصلاً مشروطاً ، ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذاً بالمشروط . وفيه بحث من وجهين : أما الأول فهو أن كل ذراع إن كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع إذا وجدها أكثر أو أقل ، كما لو كان العقد وارداً على أثواب عشرة وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ما سيأتي . وأما الثاني فهو أن الذراع لو كان أصلاً بإفراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد ، كما إذا باع صبرة على أنها عشرة أقفزة فإذا هي أحد عشر ، فإن الزيادة لا تدخل إلا بصفقة على حدة ، وقد تقدم وهما هنا دخلت في تلك الصفقة . والجواب عن الأول أن الأثواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي إلى المنازعة ، والذراعان من ثوب واحد ليست كذلك . وعن الثاني بأن الذراع الزائد لو لم يدخل كان بائعاً بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحريماً في الجواز والتفويض

(قوله وفيه نظر لأن قوله من حيث هو الخ) أقول : تسامح في العبارة ، فإن معلول الوصفية هو علم مقابلة شيء من الثمن لا هذا القول (قوله فلا يكون علة لها) أقول : يجوز أن يكون العلم بالوصفية معلولاً لما ذكر مع كون نفس الوصفية علة له بلا لزوم المصادرة (قوله والأولى أن يقال يعني الأرض) أقول : فيه أن قول المصنف فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ينبغي أن يرجع التفسير إلى الأرض كما لا ينبغي ، ثم يجوز أن يرجع التفسير إلى الثوب باعتبار كونه مائة ذراع أو لكونه بمنزلة الثياب حيث نزل كل ذراع بمنزلة ثوب واحد ولعل هذا تأويل مافي النهاية (قوله فسد البيع إذا وجدها أكثر أو أقل الخ) أقول : ممنوع كما يظهر في مسألة اشتراء العدل على أنه عشرة أثواب (قوله وعن الثاني بأن الذراع الخ) أقول : ويجوز أن يجب أن يكون الثاني بأنه لما كان في الذراع جهتا الأصلية والوصفية حكم بدخول الزائد بزيادة الثمن مراعاة لتينك الجهتين ، ولعل هذا أولى ما ذكره الشارح .

قال (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة ، وقالوا : هو جائز ، وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا) لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبهه عشرة أسهم . وله أن الذراع اسم لما يذرع به ، واستعير لما يحمله الذراع وهو المعين دون المشاع ، وذلك غير معلوم ، بخلاف السهم . ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاص لبقاء الجهالة ،

لم يعتبر كثوب كامل مفرد (قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وقالوا : هو جائز) وبه قال الشافعي رحمه الله (وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم) منها (جاز في قولهم جميعا) ومبنى الخلاف على أن المؤدى من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كأنه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقا كما في بيع عشرة أسهم من مائة سهم ، وعنده مؤداة قدر معين والجوانب مختلفة الجوده فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة ففسد البيع ، فلو اتفقوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ، ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا ، فهو نظير اختلافهم في نكاح الصابئة مبنى على أنهم يعملون الكواكب ولا كتاب لهم أو لم كتاب ، فلو اتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه ، أو على الأول اتفقوا على عدم الجواز ، فالشأن في ترجيح المبنى . فأبو حنيفة يقول (الذراع اسم لما يذرع به) ومعلوم أنه لم يرد بالمبيع عشر من الخشبات التي يذرع بها فكان مستعارا لما يحلها ، وما يحله معين فكان المبيع معيناً مقدراً بعشرة أذرع (بخلاف) عشرة أسهم لأن السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم .

الزائد ليس كذلك ، قال (ومن اشترى عشرة أذرع) شراء عشرة أذرع (من مائة ذراع من دار أو حمام) أعني أن يكون المبيع مما يتقسم أو مما لا يتقسم فاسد عند أبي حنيفة وعندهما هو جائز إذا كانت الدار مائة ذراع وشراء عشرة أسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق (لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع) كعشرة أسهم من مائة سهم في كونها عبثاً فتخصيص الجواز بأحدهما تحكيم . ولأبي حنيفة أن الذراع حقيقة في الآلة التي يذرع بها ولإرادتها هاهنا متعلّقة فيصير مجازاً لما يحله بطريق ذكر الحال وإرادة المحل ، وما يحله لا يكون إلا معيناً مشخصاً لأنه فعل محسوس يقتضي محلاً حسياً ، والمشاع ليس كذلك فما يحله لا يكون مشاعاً فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز المجاز (وذلك) أي العشرة الأذرع غير معلوم هنا ، إذ لم يعلم أن العشرة من أي جانب من الدار فيكون مجهولاً بجهالة تفضي إلى المنازعة ، بخلاف السهم فإنه أمر عقلي لا يقتضي محلاً حسياً فيجوز أن يكون في الشائع فالجهالة لا تفضي إلى المنازعة فإن صاحب عشرة أسهم يكون شريكاً لصاحب تسعين سهماً في جميع الدار على قدر نصيبهما منها ، وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيب من أي موضع كان ، ولا فرق عنده بين ما إذا علم جملة الذرعان كما إذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من مائة ذراع ، وبين ما إذا لم يعلم ، كما إذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافاً لما يقوله الخصاص أن الفساد إنما هو عند جهالة جملة الذرعان . وأما إذا عرفت مساحتها فإنه يجوز جعل هذه المسئلة نظير

(قال المصنف : وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع) أقول : قال الإيتاني : كان القياس أن يقول استعيرت لأنه أسند إلى ضمير الذراع وهي مؤنثة ، لكن ذكر الفعل على تأويل الذراع بما يذرع به اه . لكن قال في القاموس : الذراع بالكسر من طرف المرفق إلى طرف الأصبع الوسطى والساعد . وقد يذكر فيها جمع أذرع وذرعان بالضم اه . وذكر باعتبار الخبر .

ولو اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن (ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ، ولم يجز في الزيادة) لجهالة العشرة المبعة .

وقد يقال إن تعيين جملة ذرعان الدار قرينة على أنه إنما أراد بيع الشائع لأن به يعرف نسبة العشرة من الكل أنها بالعشر وإلا فلا فائدة في تعيينه لأن العشرة أذرع لا يتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه : وقد يقال فائدته لاتعيين في ذلك لجواز أن يرفع به الفساد ، فإن بيع عشرة أذرع من ثوب لا يجوز على قول أبي حنيفة ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشايخ . وعلى قول آخر بن يجوز لأنها جهالة بيدهما إزالتها فيذرع الكل فيعرف نسبة العشرة ، وصحح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبرة لجواز أن يكون العاقد يرى الرأي الأول . ولما وضع المسئلة في الجامع في عشرة أذرع من مائة ذراع ظهر أن ما قال النقصان من أن الفساد عنده فيما إذا لم يعرف جملة الذرعان ؛ وأما إذا عرف جملة فالبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية ، وكذا من جهة الدراية فإن الفساد عنده للجهالة كما قلنا ، وبمعرفة قدر جملة المبيع لاتنتفى الجهالة عن البعض الذي بيع منه . واختلف المشايخ على قولهما فيما إذا باع ذراعا أو عشرة أذرع من هذه الأرض ولم يسم جملة فقيل على قولهما لا يجوز لأن صحته على قولهما باعتبار أنه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك فرع معرفة جملة ، والصحيح أنه يجوز لأنها جهالة بأيديهما إزالتها بأن تقاس كلها فيعرف نسبة الذراع أو العشرة منها فيعلم قدر المبيع (قوله ومن باع عدلا) صورتها أن يقول بعثك ما في هذا العدل على أنه عشرة أثواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمنا بل قابل المجموع بالمجموع (فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع) في صورة الزيادة لما قررناه من قريب في الفرق بين الثوب والذراع الذي صار أصلا من وجه (والثمن) في صورة النقصان لأن الثمن لا ينقسم أجزاؤه على حسب أجزاء المبيع القيمي والثياب منه فلم يعلم للثوب الداهب حصص معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قلنا مجهولا فيصير الثمن مجهولا (ولو) كان (فصل لكل ثوب ثمنا) بأن قال كل ثوب بعشرة (جاز) البيع (في فصل النقصان بقدره) أي بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثبوت الخيار للمشتري لتفريق الصفقة عليه (ولم يجز في الزيادة) لأن جهالة المبيع لاترتفع فيه لوقوع المنازعة في تعيين العشرة المبعة من الأحد عشر

ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم إذا كان عدد جملة الشياه معلوما فإنه يجوز عنده . قال (ومن اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب) عدل الشيء على بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل إذا اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب بعشرة دراهم فكان تسعة أو أحد عشر فسد البيع . أما إذا زاد فلجهالة المبيع لأن الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده ، والأثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا لجهالة تفضي إلى المنازعة . وأما إذا نقص فلوجوب سقوط حصص الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لأنه لا يدرى أنه كان جيدا أو وسطا أو رديئا ، وحينئذ لاتدرى قيمته بيقين حتى تسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك في فساد ، وإذا بين لكل ثوب ثمنا بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما ، وله الخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء ترك لأنه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبعة . ومن مشايخنا من قال : إن البيع فاسد عند أبي حنيفة في فصل النقصان أيضا لأنه جمع بين الموجود والمعلوم في صفقة فكان قبول البيع في المعلوم شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حجر وعبد في صفقة وسمى لكل واحد ثمنا فإنه لا يجوز البيع عنده في الفن بخلافهما كذلك هذا . واستدل بما ذكره محمد في الجامع الصغير : رجل اشترى ثوبين

وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل التقصان أيضا وليس بصحيح ، بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فإذا أحدهما مروى حيث لا يجوز فيهما وإن بين ثمن كل واحد منهما ، لأنه جعل القبول في المروى شرطا لجواز العقد في الهروى ، وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعلوم فافترقا .

(وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز) البيع (في فصل التقصان أيضا) قال في الذخيرة : وأكثر مشايخنا على أن ما ذكر في الكتاب من أن البيع جائز في الثياب الموجودة قولهما . أما على قول أبي حنيفة فالعقد فاسد في الكل لأنه فسد في البعض بمفسد مقارن وهو العدم ، والأصل عند أبي حنيفة أن العقد متى فسد في البعض بفساد مقارن يفسد في الباقي ، وقد ذكر محمد مسألة في الجامع تدل على هذا وهي رجل (اشترى ثوبين على أنهما هرويان) كل ثوب بعشرة (فإذا أحدهما مروى) بسكون الراء نسبة إلى قرية من قرى الكوفة ، أما النسبة إلى مرو المعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاى فيقال مروى وكأنه للفرق بين القريتين ، قال : فسد البيع في الثوبين جميعا عند أبي حنيفة ، وعندهما يجوز في الهروى ، والفائت في مسألة الجامع الصفة لا أصل الثوب وقد فسد في الكل بفواته ففساده في الكل والفائت أحدها أولى ، وإليه مال الحلواني وقال إنه الصحيح عنده . وكذا نسبة شمس الأئمة السرخسى إلى أكثر مشايخنا ، ثم قال : والصحيح عندي أن هذا قولهم جميعا : يعنى عدم الفساد في الباقي لأن أبا حنيفة في نظائر هذا المسئلة إنما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة ، وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا في قبوله في الآخر وهنا لم يوجد هذا فإنه ما شرط قبول العقد في المعلوم ولا قصد إيراد العقد على المعلوم بل على الموجود فقط فغلط في العدد ، بخلاف تلك المسئلة فإنه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطا لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد : وأقول : قوله ما شرط قبول العقد في المعلوم إن كان صريحا معلوم ولا يضر ، فإن في الثوبين أيضا ما شرط قبوله في المروى صريحا ، وإنما المقصود أنه إذا أضاف العقد إلى متعدد صفقة كان قبول العقد في كل شرطا في قبوله في الآخر كما في الثوبين ، ولا شك أن في العشرة أيضا كذلك ، فكان قبوله في العاشر شرطا لقبوله فيما سواه ولا وجود للعاشر ، فكان قبوله في المعلوم شرطا إلى آخره : وحاصل قوله وما قصد إلى آخره ما أشار إليه المصنف وهو أن الشئيين الموجودين الموصوفين بوصف إذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطا للقبول في الآخر بذلك الوصف ، فإذا انعدم ذلك الوصف في أحدهما كان

على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة ، فإذا أحدهما هروى والآخر مروى ، فالبيع فاسد في الهروى والمروى جميعا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهم يجوز في الهروى . ووجه الاستدلال أن الفائت في الصفة مسئلة الجامع الصغير لا أصل الثوب ، فإذا كان فوات الصفة في أحد البديلين مفسدا للعقد على مذهبه ففوات أحدهما من الأصل أولى أن يفسد . قال الشيخ : وليس بصحيح لأن ثمن الناقص معلوم قطعاً فلا يضر الباقي . وفرق بين هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لأنه جعل القبول في المروى شرطا للعقد في الهروى ، وهو شرط فاسد لأن المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا ، وهذا لا يوجد هاهنا فإنه ما شرط قبول العقد في المعلوم ولا قصد إيراد العقد على المعلوم لعدم تصور ذلك فيه ، وإنما قصد إيراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد :

(قال المصنف : فإذا أحدهما مروى) أقول : قال ابن الهمام : بسكون الراء نسبة إلى قرية من قرى الكوفة ، وأما النسبة إلى مرو المعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاى فيقال مروى وكأنه للفرق بين قريتين اه . وفيه كلام (قوله لأن المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد) أقول : لا يقال إذا كان غير مذكور فبأى شيء علم الشرط لأنه لا يعلم من إشارته إليهما حين البيع فليتأمل

(ولو اشترى ثوبا واحدا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف ، قال أبو حنيفة رحمه الله : في الوجه الأول يأخذه بعشرة من غير خيار ، وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة إن شاء . وقال أبو يوسف رحمه الله : في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء ، وفي الثاني يأخذ بعشرة إن شاء . وقال محمد رحمه الله : يأخذ في الأول بعشرة ونصف إن شاء ، وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير) لأن من ضرورة

ذلك شرطا فاسدا في القبول في الآخر ، بخلاف ما إذا كان معدوما بذاته ووصفه فإنه ليس حينئذ دخلا في العقد حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد في الآخر لأنه معدوم فيجعل ذلك غلطا ، فاما لم يجعل شرطا لم يفسد العقد في الآخر . فقد ظهر أن محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ، ولا شك أن اعتبار الغلط إنما يتأتى من جهة البائع على معنى أنه إنما أوجب في تسعة ، ولكنه عبر عنها بعشرة غلطا ، فالمشترى لما قبل في عشرة ما كان غالطا فلا تلاف في الإيجاب والقبول ، كما لو عزل تسعة أثواب من عشرة وقال بعثك هذه التسعة فقال قبلت في العشرة لايتم العقد في التسعة ولا العشرة ، وإن كان معنى غلطه أنه قصد الإيجاب في عشرة وليس في الواقع إلا تسعة لم يفسد الصحة لأن المعقود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لقبوله في التسعة ، وهذا لأنه جاد في اعتقاد قيام العشرة فإن لم يكن في ملكه فأحرى أن يكون البيع باطلا كما ذكر فيمن باع كرا من حنطة وليس في ملكه حنطة البيع باطل ، ولأنه باع ما ليس عنده . وفي المحيط : روى قاضي الحرمين أن العقد فاسد في الفصل الأول ، وفيه أبيعك هذه الحنطة على أنها أقل من كرا فوجدها كذلك جاز ، إلا في رواية عن أبي يوسف ، وإن وجدها كرا أو أكثر فالبيع فاسد ، وكذا إذا قال على أنها أكثر من كرا فوجدها كذلك ، وإن وجدها كرا أو دونه ففاسد ، ولو قال كرا أو كرين جاز كيف ما كان غير أنه يخير في الأقل ، كما لو قال على أنها كرا ، وعلى هذا إذا اشترى عنبا في كرم معين على أنه كذا وكذا منا وكذا في العدييات المتقاربة انتهى . ووجه الفساد في الأكثر أنه لا يعلم قدر الزائد فإنه ليس للأقل من الكرا والأكثر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد إلى البائع ، بخلاف ما إذا قال كرا أو كرين . ولا وجه للرواية عن أبي يوسف لأن غاية ما في ذلك أنه باع صبرة بشرط أن لا تبلغ المقدار الفلاني ، والله أعلم (قوله ولو اشترى ثوبا واحدا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف ، قال أبو حنيفة رحمه الله : في الوجه الأول يأخذه بعشرة من غير خيار ، وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة إن شاء . وقال أبو يوسف رحمه الله : في الأول يأخذ بأحد عشر إن شاء ، وفي الثاني بعشرة إن شاء . وقال محمد رحمه الله : في الوجه الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء ، وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير) وجه قوله (إن من ضرورة

وهروى بفتح الراء ومروى بسكونها منسوب إلى هراة ومرو قرينان بخراسان . قال (ولو اشترى ثوبا واحدا) إذا اشترى ثوبا واحدا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فزاد أو نقص نصف ذراع قال أبو حنيفة : إذا زاد أخذه بعشرة بلا خيار ، وفي النقصان بتسعة إن شاء ، وقال أبو يوسف : إذا زاد أخذه بأحد عشر إن شاء ، وإن نقص بعشرة إن شاء . وقال محمد : أخذه في الأول بعشرة ونصف ، وفي الثاني بتسعة ونصف إن شاء لأنه قابل كل ذراع بدرهم . ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم .

مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجربى عليه حكمها . ولأبي يوسف رحمه الله أنه لما أفرد كل ذراع ببديل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الذراع وصف في الأصل ، وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع ، فعند علمه عاد الحكم إلى الأصل . وقيل في الكرباس الذى لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لأنه بمنزلة الموزون حيث لا ينضره الفصل ، وعلى هذا قالوا : يجوز بيع ذراع منه .

مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجربى عليه حكم المقابلة) وحكمها أن يجب في مقابلة كل جزء إضافي من الذراع مثله من الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وثمنه بثمنه وهكذا ، وفي بعض النسخ فيجزأ الدرهم عليه : أى يقابل كل جزء له نسبة خاصة بجزء كذلك من الآخر ، وضمير يجوز أصبح عوده إلى كل من الذراع والدرهم ، إلا أن الدرهم أقرب مذكور ، وإنما يخير في الزيادة لأن سلامة النصف بمقابلة ضرر به فلا يلزمه إلا بالتزامه ، وفي النقصان لقوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشرة (ولأبي يوسف أنه لما أفرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع منزلة ثوب مفرد) بيع على أنه ذراع لما عرف أن إفراذه الذراع بالثمن يخرج عن الوصفية إلى الأصلية (وقد انتقص) عن الذراع فلا ينتقص شيء من الثمن ، وإنما ثبت الخيار له لما ذكرنا من أن في الزيادة نفعا يشوبه ضرر ، وفي النقصان قوات الوصف المرغوب فيه (ولأبي حنيفة أن الذراع وصف في الأصل ، وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط) وكان الأولى أن يقول : حكم الأصل أو الثوب المنفصل بالشرط لأن المقدار أيضا وصف على ما تقدم : وأخذه حكم الأصل مقيد بكونه ذراعا ، فإذا لم يوجد لم يوجد ما أخذ حكم الأصل فيبقى على الأصل من كونه وصفا لا يقابله شيء من الثمن ، وإذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لأنه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص ، كما لو اشتراه معيبا فوجده سليما ، ويتخير في النقصان لتفرق الصفقة ، ثم من الشارحين من اختار قول محمد ، وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح ، وذكر

(فيجزأ عليه) من التجزئة . وفي بعض النسخ يجربى عليه أى على النصف حكم المقابلة ، ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع (ولأبي يوسف أن بإفراذ البديل صار كل ذراع) كثوب على حدة والثوب إذا بيع على أنه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم . ولأبي حنيفة رضى الله عنه قد ثبت أن الذراع وصف في الأصل لا يقابله شيء من الثمن ، وإنما أخذ حكم الأصل بالشرط والمقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع . فكان الشرط معدوما وزال موجب كونه أصلا فعاد الحكم إلى الأصل وهو الوصف فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فلم له مجانا . وقيل هذه الأقوال الثلاثة في الثوب الذى تتفاوت جوانبه كالسراويل والقميص والأقمية . أما في الكرباس الذى لا يتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة له لأنه وإن اتصل ببعضه ببعض فهو في معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع ، وعلى هذا قال المشايخ : إذا باع ذراعا منه ولم يعين موضعه جاز كما في الخنطة إذا باع قفيزا منها .

(قوله كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع) أقول : الأول هو تعميم الكلام لكلا طرفي الزيادة والنقصان بأن يقول : كما لو باع عشرة بعشرة كل ذراع بدرهم فنقص منها أو زاد ذراع ، ولا بد لمحمد رحمه الله تعالى من الفرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم من أنه إذا باع ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة فإن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم ثابتة هناك أيضا ، ولعله يمنع ذلك للتفاوت في أطراف الثوب الواحد ، ولا كذلك أطراف الذراع الواحد منه غالبا (قوله والثوب إذا بيع على أنه كذا ذراعا الخ) أقول : ولم يعين لكل ذراع ثمن بل بيع على أنه عشرة أذرع بعشرة حرام مثلا .

- ٢٨٠ -

(فصل)

(ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه، لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف) ولأنه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعا له .

حاصل الوجه المذكور له . وفي قوله مقيد . بكونه ذراعا إشارة إلى الجواب عن قول محمد إنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الدراع فقال هذا إذا كان تمام الدراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض منه حكم الوصف لانعدام المقابلة .

(فصل)

لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في المبيع مما لم يسم وما لم يدخل ، واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك (قوله ومن باع دارا الخ) في الحيط : الأصل أن كل ما كان في الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسلم المتصل والسور والدرج المتصلة والحجر الأسفل من الرحي ، ويدخل الحجر الأعلى عندنا استحسانا ، والمراد بحجر الرحي المبنية في الدار ، وهذا متعارف في ديارهم ، أما في ديار مصر لا تدخل رحا اليد لأنها بحجرها تنقل وتحول ولا تبني فهي كالباب الموضوع ، والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار . نعم لو ادعاه أحدهما لنفسه بأن قال هذا ملكي وضعتي فإن كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع ، وإن كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري : واستدل المصنف على دخول البناء (بأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء بأنه متصل بها اتصال قرار) واستشكل الأول بمسئلة الحلف لا يدخل

(فصل)

مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين : إحداهما أن كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في المبيع وإن لم يذكر صريحا . والثانية : أن ما كان متصلا بالمبيع اتصال إقرار كان تابعا له في الدخول ، ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى أن ما وضع لأن يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار ، وما وضع لا لأن يفصله فيه فهو اتصال قرار ، وعلى هذا (دخل بناء الدار في بيعها وإن لم يسمه لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف) لا يقال : لا نسلم تناوله البناء في العرف فإنه لم يدخل في باب الأيمان التي مبناه على العرف كما تقدم (لأن تناوله إياه باعتبار كونه صفة لها) وهي إذا لم تكن داعية لليمين لا يتقيد بها كما تقدم ، والبناء ليس بداع إلى اليمين فلم يتقيد به وحش بالدخول بعد الانتهاء (ولأن البناء متصل به) أي بالأرض على تأويل المكان (اتصال قرار) فيكون تابعا له .

(فصل ومن باع دارا)

(قوله مسائل هذا الفصل) أقول : أي بعضها ، وإلا فيجبها بل أكثرها لا يفتي على واحدة منها (قوله مبنية على قاعدتين) أقول : يعني أنه لا يخلو من البناء على واحدة منها (قوله على معنى أنه ما وضع الخ) أقول : أي اتصال ما وضع الخ ، فالضاف مقدر (قوله وما وضع لا لأن يفصله الخ) أقول : يعني واتصال ما وضع الخ (قوله لأن تناوله إياه باعتبار كونه صفة لها الخ) أقول : لعل خلاصة الجواب أنه عارض ذلك العرف أقوى منه في اليمين إذ هي للامتناع عن الشيء ، والبناء لا يكون داعيا إلى اليمين في أمثال قولهم والله لا أدخل هذه الدار في عرف الناس فليتأمل . ثم أقول : ويجوز أن يجاب بقبول كون البناء جزءا من الدار فإنه ركن زائد لا يغير اسم الدار بتغييره ؛ ألا يرى أن من حلف لا يكلم زيدا فكلمه بعد ما قطع يده ورجله بحث مع كونهما داخليين في زيد وإذا بيع دخل يده ورجله في البيع كما لا يخفى ، وهذا الكلام لإجمالي ، وأصل ما ذكرنا في كتب الأصول في باب الأحكام (قوله إذا لم تكن داعية لا يتقيد بها) أقول : لا يتقيد بها في العرف (قوله ولأن البناء متصل به) : أي بالأرض على تأويل المكان) أقول : لم يتقدم ذكر الأرض ، والأولى أن يقال : أي بالعرصة ، نعم ما ذكره صحيح في قوله لأنه متصل به للقرار .

هذه الدار فدخلها بعد ما انهدم بناؤها بحيث ، فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يحث ، وهذا لو أبطل التعليل الأول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الأخرى . ثم أجيب بأن البناء وصف فيها وهو لغو في المعينة فكانه حلف على نفي الدخول في هذا المكان . وتحقيقه أنه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الآن دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها دارا وقت الدخول ، وتدخل البئر الكائنة في الدار ، وإن كان عليها بكرة تدخل ، ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها إلا إن كان قال بمرافقتها ، ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان أو كبيرا ، وإن كان خارج الدار لا يدخل ، وإن كان له باب في الدار قاله أبو سليمان ، وقال أبو جعفر : إن كان أصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل ، وإن كان أكبر أمثلها لا يدخل ، وقيل إن صغيره دخل والإلا لا . وقيل يحكم الثمن . وفي المنتقى : اشترى حائطا يدخل ماتحته من الأرض ، وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف . وفي المحيط جعله قول محمد والحسن ، وقول أبي يوسف لا يدخل ، وأما أساسه قيل الظاهر من مذهبه أنه يدخل لأنه جزء الحائط حقيقة ، ويدخل في بيع الحمام القدور دون قصاعه ، وأما قدر القصارين والصباغين وأجابين الغساليين وخواهي الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت كل ذلك في الأرض فلا يدخل ، وإن قال بحقوقها . قلت : ينبغي أن تدخل كما إذا قال بمرافقتها ، وأما الطريق ونحوه فسيأتي إن شاء الله تعالى في باب الحقوق .

[فروع] باع فرسا دخل العذار تحت البيع والزمam في بيع البعير ، ولم يذكر في شيء من الكتب ما إذا باع فرسا وعليه سرج ، قيل لا يدخل إلا بالتنصيص أو يحكم الثمن ؛ ولو باع حمرا قال الإمام محمد بن الفضل : لا يدخل الإكاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ، ولم يفصل بين ما إذا كان موكفا أو غير موكف في فتاوى قاضيخان وهو الظاهر ، فالإكاف فيه كالسرج في الفرس . وقال غيره : يدخل الإكاف والبرذعة تحت البيع وإن كان غير موكف وقت البيع ، وإذا دخلا بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العيد والجرارية ، ولا يدخل المقود في بيع الحمار لأنه يتقاد دونه ، بخلاف الفرس والبعير وليتأمل في هذا . باع عبدا أو جرارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يورى عورته ، فإن بيعت في ثياب مثلها دخلت في البيع وللبائع أن يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها يستحق ذلك على البائع ، ولا يكون للثياب قسط من الثمن ، حتى لو استحق الثوب أو وجد بالثوب عيبا لا يرجع على البائع بشيء ولا يرد عليه الثوب ؛ ولو هلك الثياب عند المشتري أو تعيبت ثم رد الجرارية بغير ردها بجميع الثمن لأنه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن ، وعلى هذا ما ذكر في الكافي من رجل له أرض وفيها نخل لغيره فباعهما رب الأرض بإذن الآخر بألف وقيمة كل منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائهما فيه ، فلو هلك النخل قبل القبض بأفة سماوية خير المشتري بين الترك وأخذ الأرض بكل الثمن لأن النخل دخل تبعاً فلا يقابله شيء من الثمن ، ثم الثمن كله لرب الأرض لانتقاض البيع في حق النخل ، والثمن كله بمقابلة الأصل وهو له دون التبع . ولو باع أتاناً لها جمحش أو بقرة لها عجول اختلف ، قيل يدخلان ، وقيل لا يدخلان ، وقيل يدخل العجول دون الجمحش . ولو باع عبدا له مال إن لم يذكر

(ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه) لأنه متصل بها للقرار فأشبه البناء (ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية) لأنه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيها .

المال في البيع فماله لمولاه ، وإن باعه مع ماله بكذا ولم يبين المال ففسد البيع ، وكذا لو سمي المال وهو دين على على الناس أو بعضه ففسد البيع ، وإن كان عينا جاز البيع إن لم يكن من الأثمان ، فإن كان منها وكان الثمن من جنسه بأن كان دراهم والتمن كذلك ، فإن كان الثمن أكثر جاز ، وإن كان مثله أو أقل لا يجوز لأنه يبيع للعبد بلا ثمن ؛ وإن كان منها ولم يكن من جنسه بأن كان دراهم ومال العبد دنائير أو بالقلب جاز إذا تقابضا في المجلس ؛ وكذا لو قبض مال العبد ونقد حصته فقط من الثمن ، وإن افترقا قبل القبض بطل العقد في مال العبد . اشترى دارا فوجد في بعض جذوعها مالا ؛ إن قال البائع هولي كان له فيرد عليه لأنها وصلت إلى المشتري منه ، وإن قال ليس لي كان كاللقطة . ولو قال صاحب علو وسفل لآخر بعت منك علو هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حتى القرار عليه (قوله ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه) لأنه متصل بها اتصال قرار فأشبه البناء (ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة ، فكان الحق دخول الكل ، خلافا لما قال بعض المشايخ إن غير المثمرة لا تدخل إلا بالذكر لأنها لا تنفس للقرار بل للقلع إذا كبر خشبها فصارت كالزرع . ولما قال بعضهم إن الصغيرة لا تدخل . وفي فتاوى قاضيخان : ولو باع أرضا وفيها أشجار صغار تحول في فصل الربيع وتباع ، إن كانت تقلع من أصلها تدخل في البيع ، وإن كانت تقطع من وجه الأرض فهي للبائع إلا بشرط . نعم الشجرة اليابسة لا تدخل لأنها على شرف القلع فهي كمحطب موضوع فيها ، ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الأرض والدار إلا بذكر الحقوق ، وكذا في الإقرار والصلح والوصية وغيرها ، ويدخلان في الإجارة والرهن والوقف والقسمة لأنها تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدونهما ، بخلاف البيع فإنه يعقد للملك الرقبة فقد يراد به الانتفاع بالتجارة فيها ، ولا يدخل الثمر الذي على رعوس الأشجار إلا بالشرط ، وما كان من الأوراق وأوراق الفرساد والتوت لأنه بمنزلة الثمر ، ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشتري له فأكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشتري في الصحيح لفرق الصفة عليه عند أبي حنيفة ، بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوي خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة : تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق غير خاف ؛ وكما يدخل في البيع أشياء بلا تسمية وهو ما يدخل تبعا كذلك يخرج منه أشياء بلا تسمية ، كما إذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والفارقين وسور القرية ، لأن السور يبقى على أصل الإباحة عند القسمة فلا يدخل في البيع . وفي الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من الخلاصة : باع قرية وفيها مسجد واستثناه هل يشترط ذكر الحدود ؟ اختلف المشايخ ، واستثنى الحياض ، وفي المقبرة لا بد من ذكر الحدود إلا أن تكون ربوة (قوله ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل بها للفصل) أي لفصل الآدمي إياها . الانتفاع بها (فشابه المتاع الذي فيه) أي في المبيع ، فاندفع ما أورد عليه من بيع الحارية الحامل ونحو البقرة

(وإذا باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجرة) كبيرة كانت أو صغيرة مثمرة أو غيرها على الأصح (وإن لم يسمه للاتصال فأشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل به للفصل فأشبه المتاع الموضوع في الدار) ونوقض بالحمل فإنه متصل بالأم للفصل ويدخل في بيع الأم . والجواب أنه غير وارد على التفسير المذكور ، فإن البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الأم .

(ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع) لقوله عليه الصلاة والسلام « من اشترى أرضا فيها نخل فالثمره للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع » ولأن الاتصال وإن كان خلقه فهو للقطع لا لبقاء فصار كالزروع .

الحامل فإنه يدخل حملها في البيع مع أنه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى ، وهذا المعنى متبادر فترك التقييد به ، وأيضا الأم وما في بطنها محانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية ، بخلاف الزرع ليس محانسا للأرض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الأصل ، فبعد ذلك ينظر إن كان اتصاله للقرار كما في الشجر كان متصلا للحال وفي ثاني الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال لا الجنسية والجزئية ، وإن كان اتصالا للفصل في ثاني الحال كالزروع يجعل منفصلا فلا يدخل . فإن قيل : ينبغى أن يدخل لأن الاتصال قائم في الحال والانفصال معلوم فيه فيترجح الموجود على المعلوم . الجواب بأن الموجب للدخول إما شمول حقيقة المسمى في البيع له أو تبعيته له ، والتبعية بأن يكون مستقرا الاتصال به لا مجرد اتصاله الحالى مع أنه بعرضية الفصل وانتفاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول ، والله أعلم (قوله ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترطه المبتاع) لنفسه : أى يشترى الشجرة مع الثمرة التي فوقها ، ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة في كونها للبائع إلا بالشرط ، ويدخل في الثمرة الورد والياسمين والخلاف ونحوها من المشومات فالكل للبائع ، وعند الشافعي ومالك وأحمد يشترط في ثمر النخل التأبير ، فإن لم تكن أبرت فهي للمشتري . والتأبير : التلقيح ، وهو أن يشق عنق الكرم ويلد فيها من طلع الفحل فإنه يصلح ثمر لثالث النخل ، لما روى أصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، ومن باع نخلا مؤبرا فالثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع » وفي لفظ البخاري « من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع » وحاصله استدلال بمفهوم الصفة ، فمن قال به يلزمه وأهل المذهب ينقون حججته . وقد روى محمد رحمه الله في شعبة الأصل عنه عليه الصلاة والسلام « من اشترى أرضا فيها نخل فالثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع » من غير فصل بين المؤبر وغير المؤبر ، وهو الحديث الذي ذكره المصنف : وما قيل إن في مرويه تخصيص الشيء بالذكر فلا يدل على نفي الحكم عما عداه ، إنما يلزمهم لو كان لقبا ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا ، ولو صح حديث محمد رحمه الله فهم يحملون المطلق على المقيد ، وعلى أصول المذهب أيضا يجب لأنه في حادثة واحدة في حكم واحد . والذي يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذكور في الكتاب بقوله إنه متصل للقطع لا لبقاء فصار كالزروع ، وهو قياس صحيح ، وهم يقدّمون القياس على المفهوم إذا تعارضا ، وحينئذ فيجب أن يحمل الإبرار على الإثمار لأنهم لا يؤخرونه عنه فكان الإبرار علامة الإثمار فعلق به الحكم بقوله نخلا مؤبرا : يعنى مثمرا . وما نقل عن ابن أبي ليلى من أن الثمرة مطلقا للمشتري بعيد إذ يضاد الأحاديث المشهورة

قال (ومن باع نخلا) باع نخلا (أو شجرا عليه ثمر فثمرته للبائع إلا) أن يقول المشتري اشتريته مع ثمرته (لقوله صلى الله عليه وسلم « من اشترى أرضا فيها نخل فالثمره للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع » وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل ، لأن المعقود عليه أرض فيها نخل عليه ثمر فقال عليه الصلاة والسلام « الثمرة للبائع إلا أن يشترط » ولم يذكر النخل . وقوله (ولأن الاتصال وإن كان خلقه) فيه إشارة إلى أن الاعتبار للحال الثاني والحال الأولى لا فرق فيها بين أن يكون خلقه أو موضوعا

(قوله وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار النخ) أقول: فيه تأمل ، فإن تخصيص الثمر بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما لم يذكر على ما هو المنع

ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) وكذا إذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه ، كما إذا كان فيه متاع . وقال الشافعي رحمه الله : يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد ، والمعتاد أن لا يقطع كذلك وصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع . قلنا : هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر ، وتسليم العوض كتسليم المعوض ،

(وإذا) كانت الثمرة للبائع (يقال له اقطعها وسلم المبيع ، وكذا إذا كان فيها زرع) يقال له اقلعه وسلم المبيع (لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه ، كما إذا كان فيه متاع . وقال الشافعي : يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع) وهو قول مالك وأحمد رحمهما الله (لأن الواجب هو التسليم المعتاد) ولهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال إذا بيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحمالين (وفي العادة لا يقطع إلا بعد ما قلنا وصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع) فإنه يترك حتى يستحصد رضى المؤجر أو لم يرض ، وإذا كان كذلك فلا يبال بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض ، لأنه حين أقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور ، ويقال استحصد الزرع يستحصد بكسر الصاد : جاء وقت حصاده . أجاب المصنف (بأن هناك) أى في الإجارة (أيضا يجب التسليم) ولذا تجب الأجرة في التبقية لأن تسليم العوض تسليم المعوض ، ولا بد في تمامه من تسليم أن المعتاد في الإجارة التبقية بالأجرة وعدم تسليم عين الأرض في الحال ، وإلا لو لم يرض المؤجر بالتبقية وأخذ الأجرة كان له أن يكلفه أن يقلعه في الحال وليس له ذلك ، فظهر أن التسليم المعتاد يجب اعتباره ، ثم يقول هو في البيع يتركه إلى ما ذكرنا مجانا ، وفي الإجارة يتركه بأجر ولا مخلص من هذا إلا أن يتم منع أنه معتاد في البيع كذلك ، وإلا فإذا فرق بين البيع والإجارة بأن إقدام البائع على البيع مع علمه بأن المبتاع يطالبه بتفريغ ملكه وتسليمه فارغا دلالة الرضا بقطعه فلم تجب رعاية جانبه بتبقية الأرض والشجر على حكم ملكه ، بخلاف المستأجر فإنه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الإجارة فعل يدل على الرضا بقطع ثمره وزرعه فوجب رعاية جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالأجرة ، انجبه أن يقال : إنما يكون إقدامه على البيع رضا بالقطع في الحال لو لم يكن التأخير إلى الصلاح معتادا ، أما إذا كان معتادا فلا ، وقد منعت العادة

(ويقال للبائع سلم المبيع) فارغا لوجوب ذلك عليه ، فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع (وقال الشافعي : يترك حتى يبدو صلاح الثمر ، ويستحصد الزرع لأن الواجب هو التسليم المعتاد ، والمعتاد أن لا يقطع) وقاسه على ما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع فإنه يؤخر إلى الحصاد . والجواب أنا لا نسلم أن المعتاد عدم القطع إلى وقت البدو والاستحصاد ؛ سلمناه لكنه مشترك فإنهم قد يبيعون للقطع سلمناه ، ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي إقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري بتفريغ ملكه وتسليمه إياه فارغا (قوله هناك) إشارة إلى الجواب عن المقيس عليه وتقريره (التسليم واجب) في صورة انقضاء مدة الإجارة أيضا (ولا يتركه إلا بأجر وتسليم العوض تسليم المعوض) لا يقال : فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتى ،

(قوله وقد عارضه دلالة الرضا بذلك) أقول : أنت خير بأنه لا يظهر لقوله وقد عارضه دلالة الرضا وجه بعد تسليم أن العرف في أمثال ذلك عدم القطع إلى وقت البدو والاستحصاد فتأمل ، وانه الموفق للرشاد (قال المصنف : قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض) أقول : لا يقال الأجر عوض المنفعة لا الأرض فلا يتم التفريق لأن المعنى أقيم مقام المنفعة فيها على ما ينبغي .

ولا فرق بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما تبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر . وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيها كالمنازع ،

المستمرة بذلك بل هي مشتركة ، فقد يتركون وقد يبيعون بشرط القطع . والله أعلم . ثم هل تدخل أرض الشجر في البيع ببيعها إن اشتراها للقطع ؟ لا تدخل بالإجماع ، وإن اشتراها يبيعا مطلقا لا تدخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن الأرض أصل والشجر تبع ، فلا ينقلب الأصل تبعا وهو قول الشافعي . وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة وقول للشافعي : يدخل ما منحها بقدر غلظ ساقها . وفي جمع النوازل والفتاوى الصغرى : هو المختار لأنه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الأرض ، وإلا فهو جذع وحطب فيدخل من الأرض ما يتم به حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة فيقدر بقدرها ، وقيل قدر ساقها ، وقيل بقدر ظلها عند الزوال . وقيل بقدر عروقها العظام ولو شرط قلنا فعلى ما شرط . وقوله (ولا فرق) بين أن يكون له قيمة أو لا في الصحيح احترازا عن قول البعض إنه إن لم يكن له قيمة يدخل ، والصحيح لا يدخل في الحالين إن كان له قيمة أو لم تكن . وعلمه أن بيعه يصح في أصح الروايتين مع كونه ليس للقرار ، وما يصح بيعه وليس للقرار لا يدخل في البيع تبعا لغيره . بخلاف البناء فإنه يجوز بيعه منفردا ولكنه موضوع للقرار (قوله وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل لأنه مودع فيها كالمنازع) هكذا أطلق المصنف ، وكذا أطلقه غير واحد ، وقيد في الذخيرة بما إذا لم يعفن . أما إذا عفن فهو للمشتري لأن العفن لا يجوز بيعه على الأفراد فصار كجزء من أجزاء الأرض فيدخل في بيع الأرض . واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل بكل حال كما هو إطلاق المصنف . وفي فتاوى الفضلي كما في الذخيرة قال : ولو عفن البذر في الأرض فهو للمشتري وإلا للبائع ، ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ؛ ولو باعها بعد ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع . وقيل يدخل ، ولم يرجح المصنف منها شيئا ورجح في التجنيس قال فيه : قال الفقيه : لا يدخل ، والصواب أنه يدخل ، نص عليه القدوري في شرحه وفي شرح الإسيبيجاني انتهى . وقول الفقيه أبي الليث هو قول أبي القاسم . وفي فتاوى قاضيخان : قال شيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل : هذا إذا صار الزرع متقوما : أي لا يدخل . فإن لم يكن متقوما يدخل الزرع من غير ذكر ، قال : وإنما تعرف قيمته بأن تقوم الأرض مبثورة وغير مبثورة فإن كانت قيمتها مبثورة أكثر من قيمتها غير مبثورة علم أنه صار متقوما انتهى . وبهذا ظهر أن حكاية اتفاق

(ولا فرق بين أن يكون الثمر بحال له قيمة أو لم يكن) في كونه للبائع (في الصحيح) وقيل إذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري . وجه الصحيح أن بيعه منفردا يصح في أصح الروايتين ، وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره إذا لم يكن موضوعا للقرار (قوله وأما إذا بيعت الأرض) يعني معطوف على قوله ولا فرق : يعني الثمر لا يدخل في البيع وإن لم تكن له قيمة (وأما الأرض إذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت فإنه لا يدخل في البيع لأنه مودع فيها كالمنازع) وذكر في فتاوى الفضلي ذلك فيما إذا لم يعفن البذر في الأرض ، وأما إذا عفن فيها فهو للمشتري وهذا لأن بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعا ؛

(قوله لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتى) أقول : يعني سيأتى من أنه يكون صفقة في صفقة ، ثم قوله لما سيأتى في جواب من قوله لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتى .

ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه ، وقيل يدخل فيه ، وكأن هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل ، ولا يدخل الزرع والتمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ليسا منهما . ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخلها فيه لما قلنا ، وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه . أما التمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لا يدخل إلا بالتصريح به . قال (ومن باع ثمرة

الشايع على عدم الدخول مطلقا ليست واقعة بل قولان : عدم الدخول مطلقا ، والتفصيل بين أن يعفن فيدخل أو لا فلا . وكان المناسب أن يقول : تقوم الأرض بلا ذلك الزرع وبه ، فإن زاد فالزائد قيمته ، وأما ثمرتها مبلورة وغير مبلورة فلما يناسب من يقول إذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري ، ويعمله بأنه لا يجوز بيعه وحده لأنه حينئذ ليس له قيمة . قال المصنف (وكان هذا) بتشديد النون : يعنى الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة وعدمه (بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل) من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ، ومن قال يجوز قال لا يدخل . ولا يخفى أن كلا من الاختلافين مبني على سقوط تقومه وعلمه ، فإن القول بعدم جواز بيعه ويدخله في البيع كلاهما مبني على سقوط تقومه ، والأوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد على رجاء حياته فينتفع به في ثاني الحال (قوله ولا يدخل الزرع والتمر بذكر الحقوق والمرافق الخ) يعنى إذا باع أرضا فيها زرع وشجر وعليه ثمر أو باع شجرا فقط وعليه ثمر وقال بعثها أو اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لا يدخل الزرع والتمر بذلك لأنهما ليسا من الحقوق والمرافق ، وكذا لو قال بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها من حقوقها أو من مرافقها لم يدخلها أيضا لما ذكرنا بعينه ، ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها أو على قوله بكل قليل فيها أو منها دخلا ، هذا في التمسك بالأرض والشجر ، أما التمر المجذوذ والزرع المحصود فيها فلا يدخل ، ولو قال بكل قليل وكثير هو له . مالم ينص عليه والمجذوذ بدالين مهملتين ومجتمعتين بمعنى واحد : أى المقطوع غير أن المهملتين هنا أولى ليناسب المحصود (قوله ومن باع ثمرة

(ولو نبت ولم يصر له قيمة) قال أبو القاسم : يصفار لا يدخل . وقال أبو بكر الإسكاف يدخل : قال الشيخ (وكأن) وصح بعض الشارحين تشديد النون (هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه) يعنى فن جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل لم يجعله تابعا لغيره ، ومن لم يجوزه جعله تابعا مشفرا كعبير شفته والجمع مشافر . والمناجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل . قال (ولا يدخل الزرع والتمر) اعلم أن الألفاظ في بيع الأرض المزروعة والشجرة المثمرة أربعة : الأول أن يقول بعث الأرض أو الشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك . والثاني بعث بحقوقها ومرافقها . والثالث بعث بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو من مرافقها . والرابع بعث بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها أو من مرافقها . وفي الثاني والثالث لا يدخل الزرع والتمر لأن الحق في العادة يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب . والمرافق ما يرتفق به وهو يختص بالتوابع كسبل الماء والزرع والتمر ليسا كذلك فلا يدخلان . وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ ، هذا إذا كان في الأرض أو على الشجر ، وأما إذا كان الثمر مجذوذا والزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لا يدخلان إلا بالتصريح به . قال (ومن باع ثمرة

(قوله وصح بعض الشارحين) أقول : أراد الإتيان (قوله يذكر لما هو تبع) أقول : أى للمبيع .

لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع (لأنه مال مقوم ، إما لكونه منتفعا به في الحال أو في الثاني ، وقد قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها والأول أصح) وعلى المشتري قطعها في الحال (تقريباً ملك البائع ، وهذا

لم يبد صلاحها) لانخلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ، ولا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك ، ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ، ولا في الجواز بعد بدو الصلاح ، لكن بدو الصلاح عندنا أن تأمن العاهة والفساد . وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو الحلاوة ، والخلاف إنما هو في بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف في معناه لا بشرط القطع ، فعند مالك والشافعي وأحمد لا يجوز ، وعندنا إن كان بحال لا ينتفع به في الأكل ولا في علف الدواب خلاف بين المشايخ ، قيل لا يجوز ، ونسبه قاضيخان لعامة مشايخنا ، والصحيح أنه يجوز لأنه مال منتفع به في ثاني الحال إن لم يكن منتفعا به في الحال ، وقد أشار محمد في كتاب الزكاة إلى جوازه ، فإنه قال : لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها بإذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري ، فلو لم يكن جائزاً لم يوجب فيه العشر على المشتري ، وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على إذن البائع على ما ذكرنا من قريب وإلا فلا انتفاع به مطلقاً فلا يجوز بيعه ، والحيلة في جوازه باتفاق المشايخ أن يبيع الكثر في أول ما يخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها تبعاً للأوراق كأنه ورق كله ، وإن كان بحيث ينتفع به ولو علفاً للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب إذا باع بشرط القطع أو مطلقاً ، ويجب قطعه على المشتري في الحال ، فإن باعه بشرط الترك فإن لم يكن تنأى عظمه فالبيع فاسد عند الكل ، وإن كان قد تنأى عظمه فهو فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو القياس . ويجوز عند محمد استحساناً ، وهو قول الأئمة الثلاثة ، واختاره الطحاوي لعوم البلوى . وفي المنتقى : ذكر أبو يوسف مع محمد وجه قولهما في الصورتين

لم يبد صلاحها) بيع الثمر على الشجر لا يخلو إما أن يكون قبل الظهور أو بعده ، والأول لا يجوز ، والثاني جائز بدا صلاحها بصلاحها لانقضاء بني آدم أو علف الدواب ، أولم يبد لأنه مال مقوم لكونه منتفعا به في الحال أو في الزمان الثاني فصار كبيع الجحش والمهر . وذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام خواهر زاده أن البيع قبل أن ينتفع به لا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه ، ولأن البيع يختص بمال مقوم ، والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك . قال الشيخ : والأول أصح : يعني رواية وديانة ، أما الأولى فلما أشار إليه محمد رحمه الله في باب العشر ، ولو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها بإذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري ، فلو لم يكن الشراء جائزاً في أول ما تطلع لما وجب العشر على المشتري . وأما الثانية فلأنه مال مقوم في الزمان الثاني ، ونفي جوازه مفض إلى نفي جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق . والجواب عن الحديث : أن تأويله إذا باعه بشرط الترك أو أن المراد به النهي عن بيعها سلماً بدليل قوله صلى الله عليه وسلم « أريت لو أذهب الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه ؟ » وإنما يتوهم هذا إذا اشترى بشرط الترك إلى أن يبدو صلاحها أو بطريق السلم ، وإذا جاز البيع وجب على المشتري قطعها في الحال تقريباً ملك البائع . قوله (وهذا) إشارة إلى الجواز :

قوله (وأما الثانية ، إلى قوله : بمعنى أنه في جواز بيع المهر والجحش وهو نائب بالاتفاق) أقول : إنما يستقيم القياس أن لو جاز تركه ، الزمان الثاني كما في المقيس عليه (قوله والجواب عن الحديث إذا باعه بشرط الترك) . أقول : فيكون التقييد بقوله قبل أن يبدو صلاحه بناء على أن اشتراط الترك في الأغلب يكون فيه (قوله وإنما يتوهم هذا) أقول : أي إذهاب الله الثمرة .

إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع (وإن شرط تركها على النخيل فسد البيع) لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة في صفقة وهو إعاره أو إجارة في بيع ، وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا ، وكذا إذا تنهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا ، واستحسنه محمد رحمه الله للعادة ، بخلاف ما إذا لم يثناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعلوم وهو الذي يزيد لمعنى من الأرض أو الشجر. ولو اشتراها مطلقاً وتركها بإذن البائع طاب له الفضل ، وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة ، وإن تركها بعد ماتنهاى عظمها لم يتصلق بشيء .

(أنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة في صفقة) لأنه إن شرط بلا أجرة فشرط إعاره في البيع أو بأجرة فشرط إجارة فيه ، ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك. وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل لأنهم تعارفوا التعامل ، كذلك فيما تنهى عظمه فهو شرط يقتضيه العقد ، وهذا دعوى الشافعي فيما تنهى عظمه وما لم يثناه أنه يجوز لأن العادة تركهم إياه إلى الجذاذ . ومحمد يقول بمنعه فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعلوم وهو الأجزاء التي تزيد بمعنى من الأرض والشجر إلى أن يتناهى العظم . ولا يخفى أن الوجه لا يتم في الفرق لمحمد إلا بادعاء عدم العلم فيما لم يثناه عظمه ، إذ القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره خرج منه المتناهي للتعامل ، فكون ما لم يثناه على أصل القياس إنما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعلوم طرد ، ولو باع ما لم يثناه عظمه مطلقاً عن الشرط ثم تركه ، فلما بإذن البائع إذاً مجرداً ، أو بإذن في ضمن الإجارة بأن استأجر الأشجار إلى وقت الإحراق ، أو بلا إذن ، ففي الصورتين الأوليين يطيب له الفضل والأكل ، أما في الإذن المجرد فظاهر ، وأما في الإجارة فلائها إجارة باطلة لعدم التعارف في إجارة الأشجار والحاجة ، فإن الحاجة ليست بمنعينة في ذلك ، وإنما تعين لو لم يكن مخلص إلا بالاستئجار ، وهنا يمكن أن يشتري الثمار مع أصولها فيتركها عليها . ولا يخفى ما في هذا من العسر فإنه يستدعى شراء ما لا حاجة له إليه أو ما لا يقدر على ثمنه ، وقد لا يوافق البائع على بيع الأشجار ، فالأول أولى ، وأصل الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان ، إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ، ولا تعامل في إجارة الأشجار المجردة فلا يجوز ، وكذا لو استأجر أشجاراً ليحفظ عليها ثيابه لا يجوز ذكره الكرخي . وإذا بطلت بقى الأذن معتبراً فيطيب ، بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك حيث لا يطيب له الفضل لأن الإجارة هنا فاسدة لأن الأرض يجوز إيجارتها ، وإنما فسدت لجهاالة الأجل فأورث خبثاً . أما هنا الإجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد إلا الإذن فطاب ، أما الفاسد فله وجود فكان الإذن ثابتاً في ضمنه باعتباره . فنع ، وهنا صار الإذن مستقلاً بنفسه ، وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الإسلام إن كان جاهلاً

أي الجواز إذا (أشترها مطلقاً أو بشرط القطع) أما إذا قال اشتريته على أني أتركها على النخل فقد فسد البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد لأن مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان تركها على النخل شغل ملك الغير ، أو أن في هذا البيع صفقة في صفقة لأنه إعاره في بيع أو إجارة فيه ، لأن تركها على النخل إما أن يكون بأجر أو غيره ، والثاني إعاره والأول إجارة وذلك منهى عنه ، وفيه تأمل لأن ذلك إنما يكون صفقة أن لو جازت إعاره الأشجار أو إيجارتها وليس كذلك ، نعم هو إنما يستقيم فيما إذا باع الزرع بشرط الترك ، فإن

(قوله فقد فسد البيع ، إلى قوله : لأن مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه) أقول : أنت خير بأن شرط الترك على النخل لا ينافي تسليم المعقود عليه على ما سبق في مسألة حدوث ثمرة أخرى من أن تسليمه يتحقق بالتخلية ، فن تقريره ركافة لا يخفى ، وصحة كلام المصنف غنية عن أشارة (قوله وفيه تأمل ، إلى قوله : وليس كذلك) أقول : إجارة الأشجار ينبغي أن تجوز ، ويدل عليه ما نقله العلامة الكاكي من جامع الأصغر فراجع .

لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة ، وإن اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لأن الإجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الإذن معتبرا ، بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إن أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الإجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا ،

ببطلان الإجارة . وفي الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لأنه حصل بجهة محظورة ، أما إذا باع ماتناهي عظمه فكره المشتري بغير إذن البائع فإنه لا يتصدق بشيء لأنه لم يزد في ذاتها شيء ، وهذا قول المصنف (لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة) أى تغير من وصف إلى آخر بواسطة انضاج الشمس عليه . نعم عليه إثم غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المباعة بإثبات خبث فيها . وجه قول الشافعي وباقي الأئمة في الخلافية ما في الصحيحين عن أنس « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، وعن بيع النخل حتى تزهو . قيل : وما تزهو ؟ قال : تمحار أو تصفار » وأخرج البخاري في الزكاة عن ابن عمر « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها . وكان إذا سئل عن صلاحها قال : حتى تذهب عاهتها » وأخرج أبو داود

فإن إعارتها وإجارتها جائزة فيلزم صفقة في صفقة ، هذا إذا كانت الثمرة لم تنه في عظمها وأما إذا تناهى عظمها فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وهو القياس لأن شرط الترك مما لا يقتضيه العقد ، وأما أحمد رحمه الله فقد استحسّن في هذه الصورة وقال : لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك ، بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعلوم وهو الذى يزيد لمعنى فى الأرض أو الشجر . والجواب أنا لا نسلم أن التعامل جرى فى اشتراط الترك ولكن المعتاد فى مثله الإذن فى تركه بلا شرط فى العقد ؛ ولو اشترى الثمرة التى لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركها ، فإن كان بإذن البائع طاب له الفضل ، وإن كان بغير إذنه تصدق بما زاد فى ذاته بأن يقوم ذلك قبل الإدراك ويقوم بعده ويتصدق بفضل ما بينهما ، لأن ما زاد حصل بجهة محظورة وهى حصولها بقوة الأرض المغصوبة . وإذا تركها بغير إذنه بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لأن هذا تغير حالة من التى إلى النضج لا تحقق زيادة فى الجسم ، فإن الثمرة إذا صارت بهذه المثابة لا يزداد فيها من ملك البائع بغير إذنه شيء ، بل الشمس تنضجها والقمر يلونها والكواكب تعطىها الطعم ، وإن اشتراها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على النخيل باستئجار النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لبطلان إجارة النخيل لعدم التعارف ، فإن التعارف لم يجر فيما بين الناس باستئجار الأشجار ، ولعلم الحاجة إلى ذلك لأن الحاجة إلى الترك بالإجارة إنما تتحقق إذا لم يكن مخلص سواها ، وهما هنا يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها على ما سنده . وإذا بطلت الإجارة بقى الإذن معتبرا فيطيب له الفضل . فإن قيل : لا نسلم بقاء الإذن فإنه ثبت فى ضمن الإجارة ، وفى بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثانية فى ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن . أجيب بأن الباطل معدوم لأنه هو الذى لا تحقق له أصلا ولا وصفا شرعا على ما عرف ، والمعدوم لا يتضمن شيئا حتى يبطل ببطلانه ، بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الإذن فكان معتبرا ، بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الإجارة فاسدة للجهالة وقت الزرع ، فإن الإدراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد ، والفاقد ماله لا تحقق من حيث

(قوله وهما هنا يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها الخ) أقول : إنما يمكن للمشتري ذلك أن لو باعه البائع كذلك ويبلغ ما يقدر عليه المشتري من التقدير إلى مقدار قيمته ويكون له غرض من أصولها وليس كذلك ، ولا يشبه ثمار الأشجار بالباذنجان والبطيخ كما لا يخفى . ثم أقول : وصح ما ذكره لم تصح الإجارة مطلقا بهذا المخلص بعينه بل المخلص فيه ما نقل عن أبي الليث السمرقندي رحمه الله تعالى .

ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع ، لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز .

والترمذى وابن ماجه عن أنس «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود» ، وعن بيع الحب حتى يشتد » قال الترمذى : الحديث حسن غريب لانعرفه مرفوعا إلا من حديث حماد بن سلمة . ورواه الحاكم وقال : صحيح على شرط مسلم . ولنا ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام « من اشترى نخلا قد أبرت فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، فجعله للمشتري بالشرط ، فدل على جواز بيعه مطلقا لأنه لم يقيد دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بدا صلاحه . وفي موطأ مالك عن حمزة بنت عبد الرحمن قالت « ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام حتى تبين له النقصان ، فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقيه ، فحلف لا يفعل فذهبت بالمشتري إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال : يأبى أن لا يفعل خيرا ، فسمع بذلك رب الحائط فأقى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : هو له » ولولا صحة البيع لم ترتب الإقالة عليه . أما النهى المذكور فهم قد تركوا ظاهره ، فإنهم أجازوا البيع قبل أن يبدو صلاحها بشرط القطع ، وهذه معارضة صريحة لمنطوقه ، فقد اتفقنا على أنه متروك الظاهر ، وهو لا يحل إن لم يكن لموجب ، وهو عندهم تعليقه عليه الصلاة والسلام بقوله صلى الله عليه وسلم « رأيت إن منع الله الثمرة بم لا يتحل أحدكم مال أخيه » فإنه يستلزم أن معناه أنه نهى عن بيعها مدركة ، قبل الإدراك ومزهوة قبل الزهو . وقد فسر أنس رضي الله عنه زهوها بأن تحمر أو تصفر ، وفسرها ابن عمر بأن تأمن العاهة ، فكان النهى عن بيعها محمودة قبل الاحمرار ومصفرة قبل الاصفرار أو آمنة من العاهة قبل أن يؤمن عليها ، وذلك لأن العادة أن الناس يبيعون الثمرة قبل أن تقطع ، فنهى عن هذا البيع قبل أن توجد الصفة المذكورة وما ذكرنا من نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع العنب حتى يسود وهو لا يكون عنبا قبل السواد يفيد أنه قبله حصرم ، فكان معناه على القطع النهى عن بيع العنب عنبا قبل أن يصير عنبا ، وذلك لا يكون إلا بشرط الترك إلى أن يبدو الصلاح ، ويدل عليه تعليل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله « رأيت لو منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه » فالمعنى إذا بعتموه عنبا قبل أن يصير عنبا بشرط الترك إلى أن يصير عنبا فنفع الله الثمرة فلم يصير عنبا بم يستحل أحدكم » يعنى البائع مال أخيه المشتري ، والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهى ، وإذا صار محل النهى بيعها بشرط تركها إلى أن تصلح فقد قضينا عهدة هذا النهى ، فلما قد أفسدنا هذا البيع وبقي بيعها مطلقا غير متناول للنهى بوجه من الوجوه ، فلماذا ترك المصنف الاستدلال لهم في هذه الخلافية بالحديث ، وحيث أن الحديث المذكور لنا فيها : أعنى حديث التأخير سالم عن المعارض ، وكذلك المعنى وهو أنه منبيع منقطع به في الحال أو في ثانی الحال إلى آخره ، وبهذا التقرير ظهر أن ليس حديث التأخير عاما عارضا خاص وهو حديث بدو الصلاح ، وأن الترجيح هنا ينبغي أن يكون للخاص لأنه مانع وحديثنا مبيح بل لا يتناول أحدهما ما يتناول الآخر . والحاصل أن بيع ما لم يبد صلاحها إما بشرط القطع وهو جائز اتفاقا لأنه غير متناول للنهى لما ذكرنا ، وإما مطلقا فإذا كان حكمه لزوم القطع كان بمثله بشرط القطع فلم يبق محل النهى إلا بيعها بشرط الترك ، ونحن قائلون بأنه فاسد (ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز) فأشبهه هلاكه

الأصل فأمكن أن يكون متضمنا لشيء ويفسد ذلك الشيء لفساد المتضمن ، وإذا انتفى الإذن كان الفضل خبيثا وسيله التصديق . ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع والترك على النخيل وتركها وأثمرت مدة الترك ثمرة أخرى فإن كان قبل القبض : يعنى قبل تحلية البائع بين المشتري والثمار ففسد البيع لأنه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز ، وإن

ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده ، وكذا في الباذنجان والبطيخ ، والمخلص أن يشترى الأصول لتحصيل الزيادة على ملكه ، قال (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها ، أرطالا معلومة) خلافا لمالك رحمه الله لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول ،

قبل التسليم (ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشتري في مقداره) مع يمينه (لأنه في يده وكذا في) بيع (الباذنجان والبطيخ) إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتراكا لما ذكرنا . وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل ، وزعم أنه مروي عن أصحابنا ، وكذا حكى عن الإمام الفضلي وكان يقول : الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تباع عنه ولم يقيد عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه : يجعل الموجود أصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا . وقال : استحسن فيه لتعامل الناس ، فإنهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ، ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزاع الناس من عاداتهم حرج ، وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو بيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق ، ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رحمه الله . (والمخلص) من هذه اللوازم الصعبة (أن يشترى) أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث (على ملكه) وفي الزرع والحشيش يشترى الموجود ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم غاية الإذراك . وانقضاء الغرض فيها بباقي الثمن . وفي ثمار الأشجار يشترى الموجود ويحل له البائع ما يوجد ، فإن خاف أن يرجع يفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الإذن في ترك الثمر على الشجر وهو أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الإذن كان مأذونا في الترك بإذن جديد فيحله على مثل هذا الشرط (قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالا معلومة خلافا لمالك) أجازة قياسا على استثناء شجرة معينة . قلنا : قياس مع

كان بعد القبض لم يفسد البيع لأن التسليم قد وجد وحدث ملك للبائع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط ، والقول في مقدار الزائد قول المشتري لأن المبيع في يده فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر المذهب ؛ وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بجوازه ويزعم أنه مروي عن أصحابنا . وحكى عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله أنه كان يفتي بجوازه ويقول يجعل الموجود أصلا وما يحدث بعد ذلك تبعا ، ولهذا شرط أن يكون الخارج أكثر (قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ) يعني أن البيع لا يجوز إذا حدث شيء قبل القبض وإذا حدث بعده يشتركان (والمخلص) أي الحيلة في جوازه فيما إذا حدث قبل القبض أن يشترى الأصول لتحصيل الزيادة على ملكه ، ولهذا قال شمس الأئمة السرخسي : إنما يجوز يجعل الموجود أصلا والحادث تبعا إذا كان ثمرة ضرورة ، ولا ضرورة هاهنا لاندفاعها ببيع الأصول (قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة) إذا باع ثمرة (واستثنى منها أرطالا معلومة لم يجوز خلافا لمالك) ولم يبين أن مراده الثمرة على رعوس النخيل أو ثمرة مجذوزة ، وذكر في بعض فوائد هذا الكتاب أن مراده ما كان على النخيل . وأما بيع المجذوز فجائز ، وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فإنه قال : إذا باع الثمر على رعوس النخيل إلا صاعا منها يجوز البيع لأن المستثنى معلوم ، كما إذا كان الثمر مجذوزا موضوعا على الأرض فباع الكل إلا صاعا يجوز ، وهذا يدل على أن الحكم فيهما سواء ، واستدل بقوله (لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول) والمجهول لا يرد عليه العقد ، وهذا يدل أيضا على أن الحكم فيهما سواء

(قوله وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى يفتي بجوازه) أقول : في الصورة الأولى أيضا (قوله وهذا يدل على أن الحكم فيهما) أقول : فيه بحث ، فإن اللازم منه أن من قال بالأول قال بالثاني والعكس ليس بلازم .

بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلا معينا. لأن الباقي معلوم بالمشاهدة. قال رضى الله عنه : قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوى؛ أما على ظاهر الرواية ينبغى أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز لإيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد ، وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثنائه، بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان ، لأنه لا يجوز بيعه ، فكذا استثنائه

الفارق ، لأن الباقي بعد إخراج المستثنى غير مضاف إليه ، ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولا ، بخلاف الباقي بعد إخراج الشجرة فإنه معلوم مفرز بالإشارة (قالوا : هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنه وهو قول الطحاوى والشافعى وأحمد رحمهم الله . وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغى أن يجوز البيع على كل حال لأنه إن بقى شيء بعد إخراج المستثنى فظاهر ، وإن لم يبق شيء يكون الاستثناء باطلا لأنه مستغرق فيبقى الكل مبيعا لأن ورود هذا على التعليل يجوز أن لا يبقى بعد الاستثناء شيء وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وإن ظهر ارتفاعها بالآخرة وانفق أنه بقى مقدار معين لأن الجهالة القائمة قبل ذلك فى الحال هى المفسدة . قال المصنف رحمه الله (فأما على ظاهر الرواية ينبغى أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز لإيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثنائه بخلاف استثناء الحمل) من الجارية الحامل أو الشاة (وأطراف الحيوان لا يجوز) كما إذا باع هذه الشاة إلا إليها وهذا العبد إلا يده فيصير مشتركا متميزا ، بخلاف ما لو كان مشتركا على الشيوع فإنه جائز ، وإنما قال ينبغى لأن جواب هذه المسئلة ليس مصرحا به فى ظاهر الرواية

(بخلاف ما إذا استثنى نخلا معينا لأن الباقي معلوم بالمشاهدة) كم هى نخلة . قال المصنف (قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوى) واعترض بأن الجهالة المانعة من الجواز ما كانت مفضية إلى النزاع ، وهذه ليست كذلك لراضيهما بذلك فلا تكون مانعة . وأجيب بأننا لانسلم أنها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعا من الثمر أحسن ما يكون والمشتري يدفع إليه ما هو أردأ الثمر فيفضى إلى النزاع . سلمنا ذلك لكن يجوز تراضيهما على شيء منه قد لا يكون الثمر إلا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح ، كما لا يصح مثله فى المضاربة بهذا المعنى ، وعن هذا قال بعض الشارحين يشير إلى هذا قوله أرتالا معلومة . ورد بأنه لو كان المستثنى صاعا واحدا أو رطلا واحدا فالحكم كذلك ، وبأنه لا يتناول ما أنه بقى شيء بعد الاستثناء أولا ، وكل من التقديرين يقتضى صحة العقد ؛ أما الأول فلأن الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما، سلمنا أن الباقي غير معلوم وزنا لكان ذلك ليس بشرط إلا إذا باع موازنة وليس الفرض ذلك فجاز أن يكون البيع فى الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة . وأما الثانى فلأنه يكون حينئذ استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع . وأجيب بأن هذا باعتبار المال ، وأما فى الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء أو لا فصار مجهولا ، وفيه نظر لأنها ليست مفضية إلى النزاع فهو أول المسئلة ، ثم قال المصنف (أما على ظاهر الرواية ينبغى أن يجوز) يريد به على قياس ظاهر الرواية ، فإن حكم هذه المسئلة لم يذكر فى ظاهر الرواية صريحا ولهذا قال : ينبغى أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز لإيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثنائه ، وينعكس إلى أن ما لا يجوز لإيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثنائه ، وفى بيع أطراف الحيوان فيه وحمله لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثنائه ، وهذا لأن الاستثناء يقتضى أن يكون المستثنى مقصودا معلوما ، وإفراد العقد يقتضى أن يكون العقود

(قوله فيبطل الاستثناء) أقول : فيه بحث (قوله وينعكس إلى أن ما لا يجوز البيع) أقول : ليس ما ذكره عكس تلك للتفصية .

(ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره) وكذا الأرز والسمسم : وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر ، وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الأول عنده . وله في بيع السنبل قولان ، وعندنا يجوز ذلك كله . له أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فأشبهه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه .

وهو أن كل ما جاز لإفراده بإيراد العقد عليه جاز استثنائه ويصير الباقي مبيعا إلا أن عدم الجواز أقيس بمذهب أبي حنيفة في بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فإنه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء أرطال معلومة مما على الأشجار وإن لم يفيض إلى المنازعة . فالحاصل أن كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطلّة فليس يلزم أن ما لم يفيض إليها يصح معها بل لا بد مع عدم المفضية إلى المنازعة في الصنعة من كون البيع على حدود الشرع ؛ ألا يرى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححا . وأما ما قيل في توجيه المنع لعل المبيع لا يبلغ إلا تلك الأرتال فبعيد إذ المشاهدة تفيد كون تلك الأرتال لا تستغرق الكل ، وإلا فلا يرضى المشتري حينئذ بذلك الاستثناء (قوله ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره ، وكذا الأرز والسمسم . وقال الشافعي : لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر ، وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الأول عنده . وله) في بيع الحنطة (في السنبل قولان) ، وأجاز بيع الشعير والذرة في سنبلها (وعندنا يجوز ذلك كله . له أن المعقود عليه) وهو المبيع (مستور بما لا منفعة عليه) فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة إذا بيع بجنسه بجامع استناره بما لا منفعة فيه ، والمعول في الاستدلال

عليه مقصودا معلوما فتشارك في القصد والعلم ، فما جاز أن يقع معقودا عليه بانفاده جاز أن يستثنى وبالعكس . وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا إلا قفيزا منها بدرهم صح في جميع الصبرة إلا في قفيز لأنه استثنى ما يجوز إفراده بالعقد عليه . وأما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم إلا شاة منها بغير غيرها بمائة درهم فلا يجوز لأنه استثنى ما لا يجوز إفراده بالعقد عليه ؛ ولو قال إلا هذه الشاة بعينها جاز لأنه يجوز إفراده بالعقد عليه فيجوز استثنائه ، وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد ، بخلاف الكيل والوزن والعددي المتقارب فإن استثناء قدر منه وإيراد العقد عليه جائز لأن الجهالة لا تنفض إلى المنازعة . قيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم إلا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فإنه جائز وبين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم كله على أن لي هذه الشاة الواحدة منه بعينها فإنه لا يجوز مع أنه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى . وأجيب بأن في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لأنه لبيان أنه لم يدخل كما عرف في الأصول فلم يكن إفرادها إخراجا بحصتها من الثمن فلا جهالة فيه ، وأما في الشرط فلأن الشاة دخلت أولا في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل ، ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد إلا عشرة فإنه صحيح في تسعة أعشاره ، ولو قال على أن لي عشرة لم يصح . قيل ولقاتل أن يقول : سلمنا أن إيراد العقد على الأرتال المعلومة واستثنائها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول . والجواب أنا لا نسلم أن الباقي مجهول لما ذكرنا أن المستثنى إذا كان معلوما لم تسر منه جهالة إلى المستثنى منه إلا بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج إلى معرفة مقدار المبيع . قال (ويجوز بيع الحنطة في سنبلها) بيع الشيء في غلافه لا يجوز إلا بيع الحبوب كالحنطة والباقلاء (والأرز والسمسم . وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر والجوز واللوز والفستق في قشره في قوله الأول) وكذا بيع الحنطة في قوله الجليد ، واستدل بأن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له ، والعقد في مثله لا يصح : كما إذا بيع تراب الصاغة بمثله .

(قوله واستثنائها جائز لكن لا نسلم) أقول : فيه بحث فإنه بعد تسليم جواز الاستثناء لا معنى للمنع فتأمل .

ولنا ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام «أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهي ، وعن بيع السنبل حتى يبيض» ويأمن العاهة » ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوماً ، بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا ، حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز ، وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضاً لشبهة الربا لأنه لا يدري قدر ما في السنابل .

نبيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ، وفي هذا غرر فإنه لا يدري قدر الحنطة الكائنة في السنابل ، والمبيع ما أريد به إلا الحب لا السنابل فرجع إلى جهالة قدر المبيع ، وألزم على هذا أن لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لكنه تركه للتعامل المتوارث (ولنا ما روى «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض») رواه مسلم وأصحاب السنن الأربعة . ويقال زها النخل والتمر يزهو وأزهي يزهي لفة ، ففي الاشتقاق من الزهو لغتان ، وأنكر الأصمعي الرباعية يزهي كما تفل الزنخشرى عن الغير إنكار يزهو الثلاثية . لا يقال : أنتم لم تعملوا بصدر الحديث . لأننا نقول : قد بينا أننا عاملون وأن الاتفاق على انحطاط النهى على بيعها بشرط الترك إلى الزهو وقد منعناه ولأنه مال متقوم معلوم (فيجوز بيعه كالشعير في سنبله) بخلاف بيعه بمثله في سنبل الحنطة لاحتمال الربا ، أما أنه مال متقوم فظاهر ، وأما أنه معلوم فلا أنه مشار إليه وبالإشارة كفاية في التعريف ، إذ المانع من روية عينها لا يخل بدرك قدره في الجملة ، وليس معرفته على التحريير شرطاً وإلا امتنع بيع الصبرة المشاهدة . وأورد المطالبة بالفرق بين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه أى باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من النوى فإنه لا يجوز مع أنه أيضاً في غلافه . أشار أبو يوسف إلى الفرق بأن النوى هناك معتبر عندما مالكا في العرف ، فإنه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمر ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبله وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب إليه وهم (بخلاف تراب الصاغة فإنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا) حتى لو باع بخلاف جنسه جاز ، وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والإلية والأكارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والعصير في العنب . ونحو ذلك حيث لا يجوز لأن كل ذلك منعدم في العرف . لا يقال : هذا عصير وزيت في محله ،

ولنا ما روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهي ، وعن بيع السنبل حتى يبيض» ويأمن العاهة » وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها ، وفيه نظر لأنه استدلال بمفهوم الغاية والأولى أن يستدل بقوله نهى فإن النهى يقتضي المشروعية كما عرف (قوله ولأنه حب منتفع به) كأنه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له . وتقريره : لأنسلم أنه لا منفعة فيه بل هو أى المبيع بقشره حب منتفع به ، ومن أكل الفولية شهد بذلك وأن الحبوب المذكورة تدخر في قشرها ، قال الله تعالى - فلدروه في سنبله - وهو انتفاع لاحتمال ، فجاز البيع كبيع الشعير بجامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما ، وبيع تراب الصاغة إنما لا يجوز إذا بيع بجنسه لاحتمال الربا حتى إذا بيع بخلاف جنسه جاز . وفي مسئلتنا لو بيع بجنسه لا يجوز أيضاً لشبهة الربا لجهالة قدر ما في السنبلة ، فإن قيل ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه وهما سيان في كون المبيع مغلفاً ؟ أجيب بأن الغالب في السنبلة الحنطة ، يقال هذه حنطة وهي في سنبله ولا يقال

(قوله وفيه نظر لأنه استدلال بمفهوم الغاية) أقول : في نظره نظران (قوله والأولى أن يستدل بقوله نهى الخ) أقول : فيه بحث ، فإن في الاستدلال ما ذكره اعترافاً بفساد العقد .

(ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أغلاقها) لأنه يدخل فيه الإغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه إذ لا ينتفع به بدونه . قال (وأجرة الكيال وناقده الثمن على البائع) أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا إذا بيع مكايلة ، وكذا أجرة الوزان والزراع والعداد ، وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد لأن النقد يكون بعد التسليم ؛ ألا ترى أنه يكون بعد الوزان والبائع هو المحتاج إليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو ليعرف المعيب ليرده ، وفي رواية ابن سميعة عنه على المشتري لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر ، والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه . قال (وأجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا أنه هو المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم .

وكذا الباقي . واعلم أن الوجه يقتضي ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لأنه لم يره (قوله ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أغلاقها) المراد بالغلق ما تسميه ضبة ، وهذا إذا كانت مركبة لأنها تركب للبقاء لا إذا كانت موضوعة في الدار ولهذا لا تدخل الأقفال في بيع الخوانيت لأنها لا تركب ، وإنما تدخل الألواح وإن كانت منفصلة لأنها في العرف كالأبواب المركبة ، والمراد بهذه الألواح ما تسمى في عرفنا بمصر دراريب الدكان ، وقد ذكر فيها عدم الدخول ولا معول عليه (وقوله لأنه لا ينتفع بها إلا به) أجيب بمنع أن شراء الدار مقصور على الانتفاع بذاتها ، بل قد يكون لغرض مجرد الملك ليأخذ بالشفعة بواسطتها أو يتجر بها ، ولذا لما كان العقد عليها مقصورا على ذلك كما في الإجارة أدخلنا الطريق .

[فرع] يناسب ما نحن فيه من حيث أنه يتناول البيع بلا تنصيب من المالك عليه وإن كان في معنى آخر شترى ما يتسارع إليه الفساد ولم يقبضه المشتري ولم ينتقل الثمن حتى غاب كان للبائع أن يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني أن يشتره وإن كان يعلم بالحال ، لأن المشتري الأول رضى بهذا ففسخ دلالة فيحل للبائع يبيعه وحل للمشتري أن يشتره ، وإنما كتبها لأنها كثيرا ما تقع في الأسواق (قوله وأجرة الكيال ووزان المبيع وذراعه وعادته) إن كان البيع بشرط الكيل والوزن أو الذرع أو العد (على البائع) لأن عليه إيفاء المبيع ولا يتحقق ذلك إلا بكيله ووزنه ونحوه ، ولأن بكل من ذلك يميز ملكه عن ملك غيره ، ومعلوم أن الحاجة إلى هذه إذا باع مكايلة

هذا حب وهو في القطن ، وإنما يقال هذا قطن وكذلك في الثمر إليه أشار أبو يوسف رحمه الله . قال (ومن باع دارا الخ) الإغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح إذا باع دارا دخل في البيع أغلاقها بناء على ما تقدم أن ما كان موضوعا فيه للقرار كان داخلا ، والأغلاق كذلك لأنها مركبة فيها للبقاء ، والمفتاح يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لأنه كالجزم منه إذ لا ينتفع به بدونه ، والداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك الشيء . فإن قيل : عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه فإن الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بطريق ولا يدخل في بيع الدار . فالجواب أن الداخل في الداخل في الشيء داخل لاحالة ، وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بالطريق قلنا : الانتفاع بها لا يمكن إلا بالطريق مطلقا أو من حيث السكنى ، والأول ممنوع فإنه يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لاحالة ، والثاني مسلم ولهذا دخل الطريق في الإجارة ولكن

(قوله والداخل في الداخل) أقول : كيف يكون داخلا وقد قال كالجزم منه فتأمل (قوله والثاني مسلم الخ) أقول : ولعل مثل هذا الترديد جائز في المتنازع فيه فتأمل .

قال (ومن باع سلعة بشمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولاً) لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليعين حق البائع بالقبض لما أنه لا يتعين بالتعيين تحقيقاً للمساواة .

أو موازنة ونحوه إذ لا يحتاج إلى ذلك في المجازفة ، وأجرة وزان الثمن على المشتري باتفاق الأئمة الأربعة لأنه يحتاج إلى تسليم الثمن وتمييزه عنه فكانت مؤنته عليه ، وأما أجرة ناقد الثمن فاختلف الرواة والمشايخ ، فروى ابن رستم عن محمد أنه على البائع وهو المذكور في المختصر . ووجهه أن النقد يحتاج إليه بعد التسليم وحينئذ يكون في يد البائع وهو المحتاج إليه لاحتياجه إلى تمييز حقه وهو الجهاد عن غير حقه . وروى ابن سماعة عنه أنه على المشتري ، وبه كان يفتي الصلبي الشهيد لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج إليه . وعن محمد أجرة النقد على من عليه الدين كما في الثمن أنه على المشتري إلا إذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالأجرة على رب الدين . وفي الخلاصة : الصحيح أنه على المشتري ، وكذا قال القدوري إنه على المشتري إلا إذا قبض البائع الثمن . ثم جاء برده بعيب الزينة . قال . واختار في الواقعات أنه على المشتري . وفي باب العين لو اشترى حنطة مكيلة فالكيل على البائع وصحبها في وعاء المشتري على البائع أيضاً هو المختار . وفي المنتقى : إخراج الطعام من السفن على المشتري ، ولو اشترى حنطة في سفنها فعلى البائع تخليصها بالدرس والتذرية ودفعها إلى المشتري وهو المختار وقطع العنب المشتري جزافاً على المشتري ، وكذا كل شيء باعه جزافاً كالثوم والبصل والجزر إذا خلى بينها وبين المشتري ، وكذا قطع الثمر : يعني إذا خلى البائع بينها وبين المشتري ، الكل من الخلاصة (قوله ومن باع سلعة بشمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولاً) لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن لتعين حق البائع بالقبض) لأنه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها (لما) عرف (أنها لا تتعين بالتعيين) في البيع فلا بد من تقديم قبضها ليتساوى ، ولو كان المبيع غائباً لا يلزم المشتري دفع الثمن للبائع حبس جميع المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد ، ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع ولو أخذ بالثمن كفيلاً أو رهن المشتري به رهناً ، أما لو أحال البائع به عليه وقبل سقط حق الحبس ، وكذا إذا أحال المشتري البائع به عند أبي يوسف . وعن محمد فيه روايتان : في رواية كقول أبي يوسف ، وفي رواية إذا أحال البائع به رجلاً سقط ، وإذا أحال المشتري البائع به لا يسقط ، وما لم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه ، فلو هلك في يد البائع بفعله أو بفعل المبيع بنفسه بأن كان حيواناً فقتل نفسه أو بأمر سواي بطل البيع ، فإن كان قبض الثمن أعاده إلى المشتري ، وإن كان بفعل المشتري فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقاً أو بشرط الخيار للمشتري ، وإن كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً لزمه

ليس الكلام في ذلك ، والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم إن اتصل بالبناء من خشب كان أو حجر يدخل ، وإن لم يتصل لا يدخل . قال : وأجرة الكيال وناقد الثمن إذا باع المكيل مكيلة أو الموزون موازنة أو المعلوم عدداً واحتاج إلى أجرة الكيال والوزان والعداد فهي على البائع لأن التسليم واجب عليه وهو لا يحصل إلا بهذه الأفعال ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب : وأما أجرة ناقد الثمن ففي رواية ابن رستم عن محمد هي على البائع ، وهو المذكور في المختصر ، وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري . وجه الأولى أن النقد يكون بعد التسليم لأنه إنما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج إلى النقد ليزم ما تعلق به حقه من غيره أو يعرف المبيع ليرده . ووجه الثانية أن المشتري هو المحتاج إلى تسليم الجيد المقدر ، والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن ، وبه كان يفتي الصلبي الشهيد وأجرة وزن الثمن على المشتري لأنه المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم .

قال (ومن باع سلعة بسلعة أو ثمننا بثلثين قبل لهما سلما معا) لاستوائهما في التعيين فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع.

ضمان مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا ، وإن هلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع وعاد المبيع إلى ملك البائع ويضمن له الجاني في المثل المثل وإلا فالقيمة ؛ فإن كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له ، وإن كان من خلافه طاب ، وإن شاء اختار البيع وأتبع الجاني في الضمان فإن له ذلك وعليه الثمن للبائع ، فإن كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل (قوله ومن باع سلعة بسلعة أو ثمننا بثلثين قبل لهما سلما معا لاستوائهما في تعيين حق كل منهما) قبل التسليم ، فيجوز تقديم دفع أحدهما بعينه على الآخر تحكّم في دفعان معا ولا بد من معرفة التسليم والتسليم الموجب للبراءة . في التجريد : تسليم المبيع أن يخلى بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل ، وكذا تسليم الثمن . وفي الأجناس يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان : أن يقول خلّيت بينك وبين المبيع ، وأن يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع ، وأن يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره . وعن الوبري : المتاع لغير البائع لا يمنع ، فلو أذن له يقبض المتاع والبيت صبح وصار المتاع وديعة عنده ، وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول : القبض أن يقول : خلّيت بينك وبين المبيع فأقبضه ، ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته ، فإن أخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كان أو بعيرا ، وإن كان غلاما أو جارية فقال له المشتري تعال معي أو امش فخطا معه فهو قبض ، وكذا لو أرسله في حاجته . وفي الثوب إن أخذه بيده أو خلى بينه وبينه . وهو موضوع على الأرض فقال خلّيت بينك وبينه فأقبضه فقال قبضته فهو قبض ، وكذا القبض في البيع القاسد بالتخلى . ولو اشترى خنطة في بيت ودفع البائع المفتاح إليه وقال خلّيت بينك وبينها فهو قبض ، وإن دفعه ولم يقل شيئا لا يكون قبضا . ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها إليك وقال قبضتها لم يكن قبضا ، وإن كانت قريبة كان قبضا ، وهي أن تكون بحال يقدر على إغلاقها ، وما لا يقدر على إغلاقها فهي بعيدة . وأطلق في المحيط أن بالتخلى يقع القبض وإن كان المبيع يبعد عنهما . وقال الحلواني : ذكر في التوارد إذا باع ضيعة وخلي بينها وبين المشتري إن كان يقرب منها يصير قابضا أو يبعد لا يصير قابضا . قال والناس عنه غافلون ، فإنهم يشترطون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض . وفي جامع شمس الأئمة : يصح القبض وإن كان العقار غائبا عنهما عند أي حنيفة خلافا لهما . وفي جمع التوازل : دفع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تمّ له فتحه من غير تكلف ، وكذا إذا اشترى بقرا في السرح فقال البائع اذهب واقبض إن كان يرى بحيث يمكنه الإشارة إليه يكون قبضا . ولو باع خلا ونحوه في دن وخلي بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض . ولو اشترى ثوبا فأمره البائع يقبضه فلم يقبضه حتى أخذه إنسان ، إن كان حين أمره يقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم ، وإن كان لا يمكنه إلا بقيام لا يصح . ولو اشترى طيرا في بيت والباب مغلق فأمره البائع بالقبض

قال : (ومن باع سلعة) بيع السلعة معجلا إما أن يكون بثلثين أو بسلعة ، فإن كان الأول يقال للمشتري ادفع الثمن أولا لأن حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما ، وفي المالية أيضا لأن الدين أنقص من العين ، وعلى هذا . إذا كان المبيع غائبا عن حضرتهما فالمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه ، وإن كان الثاني يقال لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا يحتاج إلى تقديم أحدهما بالدفع ، والله أعلم بالصواب .

(باب خيار الشرط)

قال : (خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ،

فلم يقبض حتى هبت ريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم ، وإن فتحه المشتري فطار صح التسليم لأنه يمكنه التسليم بأن يحتاط في الفتح . ولو اشترى فرسا في حظيرة فقال البائع سلمتها إليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس إن أمكنه أخذها من غير عون كان قبضا وهو تأويل مسألة الطير ، وفي مكان آخر من غير عون ولا حبل . ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشتري احملي معك فحمله فعطبت هلكت على المشتري . قال القاضي الإمام : هذا إذا لم يكن على الدابة سرج ، فإن كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قابضا وإلا فلا ، ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الآخر لا يصير قابضا كما إذا باع الدار والبائع والمشتري فيها معا .

(باب خيار الشرط)

قد عرف أن البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس المالكين في البدلين ، والأصل أن لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الأصل . ثم شرع يذكر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار ، وظهر أن شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لنهييه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسما ومعنى لاحكما ، وللمستلزم علة اسما ومعنى وحكما ، وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الأصول . والموانع خمسة أقسام : مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا يتعقد المبيع في الحر لأنها لا تتعقد إلا في محلها ، ومحل البيع المال والحر ليس بمال ، فلا وجود للمبيع أصلا فيه كأنقطاع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد إليه . ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف إلى مال الغير كإصابة السهم بعد الرمي حائطا فردة عن سننه . ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استئثار الرمي إليه بترس يمنع من إصابة الغرض منه . ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري . ومانع يمنع لزومه كخيار العيب وإضافة الخيار إلى الشرط على حقيقة الإضافة وهي إضافة الخيار إلى سببه إذ سببه الشرط ، وحين ورد شرعيته جعلناه داخلا في الحكم مانعا من ثبوته تقليلا لعمله بقدر الإمكان ، وذلك لأن عمله إثبات الخطر في ثبوت الملك وبذلك يشبه القمار فقللنا شبهه . ولقائل أن يقول : القمار ماحرم لمعنى الخطر ، بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سببا للملك ، فإن الشارع لم يضع ظهور العدد الفلاني في ورقة مثلا سببا للملك ، والخطر طرد في ذلك لا أثر له . نعم يتجه أن يقال اعتبرناه في الحكم تقليلا ، بخلاف الأصل ، وأما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر فذلك الغرر في المبيع ، وهذا في أن الملك هل يثبت أولا (قوله خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري

(باب خيار الشرط)

قال (خيار الشرط جائز للبيع ، تارة يكون لازما وأخرى غير لازم) واللازم مالا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ، ولما كان اللازم أقوى في كونه يباع قسمة على غيره ، ثم قدم خيار الشرط على سائر

(باب خيار الشرط)

(قوله ولما كان اللازم أقوى في كونه يباع قسمة على غيره) أقول : فإن قيل : ما قسمه ليس هو البيع اللازم بل البيع المطلق المتناول لللازم وغيره . قلنا : يكفي في التقديم تناوله اللازم وأمر العبادة سهل .

ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها (والأصل فيه ماروى : أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصارى رضى الله عنه كان يغبن في البياعات ، فقال له النبي عليه الصلاة والسلام « إذا بايعت فقل لا خلافة ولى الخيار ثلاثة أيام »

ولهما ثلاثة أيام) يروى بنصب ثلاثة أيام على الظرف : أى فى ثلاثة و برفعها على أنه خبر مبتدأ محذوف : أى هو ثلاثة أيام . ثم فى فتاوى قاضيه خان : إذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد أصلا ويثبت الخيار فى البيع الفاسد كالصحيح (قوله والأصل فيه ماروى « أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصارى رضى الله عنه كان يغبن فى البياعات ») الحديث . روى الحاكم فى المستدرک من حديث محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر قال : « كان حبان بن منقذ ابن عمرو رجلا ضعيفا ، وكان قد أصابته فى رأسه مأمومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار إلى ثلاثة أيام فيما اشتراه ، وكان قد ثقل لسانه ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : بع وقل لا خلافة » وكان يشتري الشيء فيجئ به إلى أهله فيقولون له هذا غال فيقول : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرنى فى بيعى وسكت عليه . وحبان بفتح الحاء المهملة ومنقذ بالمعجمة . ورواه الشافعى من طريق محمد بن إسحاق قال : أخبرنا سفيان عن محمد بن إسحاق به ، ثم قال الشافعى رحمه الله : والأصل فى بيع الخيار أنه فاسد ، ولكن لما شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المصرة خيار ثلاثة أيام فى البيع . وروى أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع اتيننا إلى ما قال صلى الله عليه وسلم . وأخرجه البيهقى فى سننه عن ابن عمر : « سمعت رجلا من الأنصار يشكر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يزال يغبن فى البيوع ، فقال له : إذا بايعت فقل لا خلافة ثم أنت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال » قال ابن إسحاق : فحدث به محمد بن يحيى بن حبان قال : كان جدى منقذ بن عمرو قد أصيب فى رأسه وكان يغبن فى البيع ، فذكر نحوه . ورواه ابن ماجه عن محمد بن يحيى بن حبان قال : كان جدى منقذ

الخيارات لأنه يمنع ابتداء الحكم ، ثم خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم ، ثم خيار العيب لأنه يمنع لزوم الحكم ، وإنما كان عمله فى منع الحكم دون السبب لأن من حقه أن لا يدخل فى البيع لكونه فى معنى القمار ، ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به فأظهرنا عمله فى منع الحكم قليلا لعمله بقدر الإمكان لأن دخوله فى السبب مستلزم للدخول فى الحكم دون العكس ، وهو على أنواع : فاسد بالاتفاق كما إذا قال اشترت على أنى بالخيار أو على أنى بالخيار أياما أو على أنى بالخيار أبدا . وجائز بالاتفاق وهو أن يقول على أنى بالخيار ثلاثة أيام فما دونها . ومختلف فيه وهو أن يقول على أنى بالخيار شهرا أو شهرين ، فإنه فاسد عند أنى حنيفة وزفر والشافعى ، جائز عند أنى يوسف ومحمد سواء كان لأحد العاقدين أو لهما جميعا أو شرط أحدهما الخيار لغيره . وجه قول أنى حنيفة فى الخلافة ماروى : أن حبان بن منقذ كان يغبن فى البياعات لمأمومة أصابت رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا بايعت فقل لا خلافة ولى الخيار ثلاثة أيام » والخلافة : الخداع . ووجه الاستدلال أن شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم ، وكل ما هو كذلك فهو مفسد إلا أنا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه . فإن قيل : كيف جاز للبائع والمذكور فى النص هو المشتري فكما عدتيم فيمن له الخيار فليتعده فى مدته . فالجواب أن فى النص إشارة إلى ذلك وهو لفظ المفاعلة ، ولأن البائع فى معنى المشتري فى معنى المناط فيلحق به دلالة ، وكثير المدة ليس كقليلها لأن معنى الفرق يتمكّن بزيادة المدة فيزداد الغرر وهو مفسد . ولهما حديث ابن عمر رضى الله عنهما « أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز الخيار إلى شهرين » ولأن الخيار إنما شرع لاحتاجة إلى التأمل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتأجيل فى الثمن ، فإنه

(ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة) وهو قول زفر والشافعي . وقالا (يجوز إذا سمي مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما «أنه أجاز الخيار إلى شهرين») ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروى ليندفع الغبن ، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن .

ابن عمرو وكان قد أصابه آفة في رأسه فكسرت لسانه ، وكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له . الحديث . وهو يقتضي أن المقول له منقذ بن عمرو ، لاحيان ابنه ، ولا شك أن هذا منقطع ، وغلط من عزاه لأبي داود ، وكذا رواه البخاري في تاريخه الأوسط عن محمد بن يحيى ابن حبان قال : كان جدي منقذ بن عمرو فذكره قال : وعاش مائة وثلاثين سنة ، والحديث وإن دار على ابن إسحاق فالأكثر على ثوثيقه ، ورجع مالك عما قال فيه ذكر ذلك السهيلي في الروض الأنف ، وكذا رواه ابن أبي شيبة ، عن محمد بن يحيى بن حبان قال : قال عليه الصلاة والسلام لمنقذ بن عمرو «قل لا خلافة ، وإذا بيعت بيعاً فأنت بالخيار» ولا شك أن كون الواقعة لحبان أرجح لأن هذا منقطع وذلك موصول ، وهذا وشرط الخيار مجمع عليه . وأما ما روى في الموطأ والصحيح عن ابن عمر «أن رجلاً ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخذع في البيوع فقال : إذا بايعت فقل لا خلافة» والخلافة الخديعة فليس فيه دليل على المقصود ، والعجب ممن قال الأصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث وهو لا يمس المطلوب .

[فرع] يجوز إلحاق خيار الشرط بالبيع ، لو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح بالإجماع ، حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهراً ورضياً به فسد العقد عند أبي حنيفة خلافاً لهما ، ولو ألحقا به شرطاً فاسداً بطل الشرط ، ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول أبي حنيفة . ولو باع على أنه بالخيار على أن له أن يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره . ولو قال في بيع بستان على أنه بالخيار على أن له أن يأكل من ثمرته لا يجوز لأن الثمر له حصه من الثمن وليس للبائع أن يطالب بالثمن قبل أن يسقط المشتري خياره . ولو قال له أنت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ، ولو قال إلى الظهر ؛ فعند أبي حنيفة يستمر له إلى أن يخرج وقت الظهر ، وعندهما لا تدخل الغاية (قوله ولا يجوز أكثر منها) أي من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة (وهو قول زفر والشافعي) وكذا لا يجوز عند أبي حنيفة إذا زاد على ثلاثة أيام كذلك لا يجوز إذا أطلق (وقالا : يجوز إذا سمي مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما «أجاز البيع إلى شهرين») وهذا دليل جزء الدعوى لأنها جواز أكثر من ثلاثة أيام طالبت المدة أو قصرت . وحديث ابن عمر يفيد جواز أكثر من الثلاثة بمدة خاصة لا غير (لأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروى ليندفع الغبن ، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن) شرع للحاجة إلى التأخير مخالفاً لمقتضى العقد ، ثم جاز أي مقدار تراضيا عليه ويقولهما قال أحمد لقواه عليه الصلاة والسلام «المسلمون

جائز قلت المدة أو كثرت للحاجة . والجواب أن حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر ، سلمنا أنهما سواء لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز أن يكون المراد به خيار الرؤية والعيب ، وأنه أجاز الرد بهما بعد الشهرين ، ولا نسلم أن كثير المدة كالقليل في الحاجة ، فإن صاحب الخلافة كان مصاباً

(قوله والجواب أن حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رضي الله تعالى عنهما) أقول : فيه بحث ، إذ لامارضة بينهما حتى يحتاج إلى الرجوع ، فإن مفهوم المدد إن كان حجة لا يساوى المنطوق حتى يعارضه فليتأمل فإن المنع مجالا . ثم أقول : ذكره حكاية الحال يناسب الجواب الثاني ، والملائم لهذا المقام تعرضه لعدم الشهرة .

ولأن حنيفة أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو الزوم ، وإنما يجوزناه بخلاف القياس لما رويناه من النص ، فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة ،

عند شروطهم . وقال مالك : إذا كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة لا يجوز أن يشترط الخيار فيه أكثر من يوم ، وإن كان ضيعة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز أن يشترط أكثر من الثلاثة لأنه شرع للحاجة . ويمكن أن يقال : لم يتعين اشتراط الأكثر طريقاً لأنه إن كان لا يمكن أن يذهب فيها قبل الشراء ثم يشتري لاحاجة إلى شرط الخيار أصلاً لأن خيار الرؤية ثابت له ولو تأخرت رؤيته سنة ، وإن كان للتروى في أمرها هل تساوى الثمن المذكور أولاً أو هي منتفع بها على الكمال أو لا وإن لم يرها ؟ فهذا لا يتوقف على أكثر من الثلاثة لأنه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك يحصل في مدة الثلاث . وأما ما يتسارع إليه الفساد فحكمه مسطور . في فتاوى القاضى : اشترى شيئاً يتسارع إليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام في القياس لا يجبر المشتري على شيء . وفي الاستحسان يقال للمشتري إما أن تفسخ البيع وإما أن تأخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى تجزى البيع أو يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الخائنين . وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل بشراء شيء يتسارع إليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه وأقام المدعى البينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فإن القاضى يأمر مدعى الشراء أن ينقد الثمن ويأخذ السمكة ثم القاضى يبيعها من آخر ويأخذ ثمنها ويضع الثمن الأول والثاني على يد عدل . فإن عدلت البينة يقضى للمدعى الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الأول للبائع : ولو ضاع الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعى الشراء لأن بيع القاضى كبيع كبيع ، ولو لم تعدل البينة فإنه يضمن قيمة السمكة للمدعى عليه لأن البيع لم يثبت وتبقى أخذ مال الغير بجهة البيع فيكون مضموناً عليه بالقيمة : وجه قول أنى حنيفة (أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو الزوم) ثبت نصاً على خلاف القياس في المدة المذكورة للتروى فيما يدفع الغبن عنه . ولا شك أن النظر لاستكشاف كونه في هذا المبيع مغبوناً أو غير مغبون مما يتم في ثلاثة أيام بل في أقل منها : فإن معرفة كونه مغبوناً في هذه الصنفه أو لا ليس من العلوم البالغة في الخفاء والإشكال ليحتاج في حصوله إلى مدة تزيد عليها . فكان الزائد على الثلاث ليس في محل الحاجة إليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز إلحاقه بالثلاث دلالة كما لا يجوز بالقياس . ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبوناً لم يعدل . ولا يبنى الفقه باعتباره لأن مثله زائل العقل . وبهذا يظهر أن قول ابن الجوزى في التحقيق في حديث حبان إنه خرج نخرج الغالب غير صحيح ، ولأنه عليه الصلاة والسلام ضرب الثلاث لمن كانت غاية في ضعف المعرفة على ما ذكر في أمر حبان أنه كان رجلاً ضعيفاً وكان بدماعه مأمومة أفسدت حاله ، أو أنه منقذ وكان قد أصابته أمة في رأسه فكسرت لسانه ونازعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين سنة كما في تاريخ البخارى الأوسط ، فأى حالة تزيد على هذه من الضعف إلا عدم العقل بالكلية ، ومع ذلك لم يجعل له النبي صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة أيام فلا شك في منع الزائد مع أنه وجد في السمع ما ينفيه صريحاً ، وهو وإن لم يبلغ درجة الحجية فلا شك أنه يستأنس به بعد تمام الحجية . وهو ما روى عبد الرزاق من حديث أبان بن أبى عياش عن أنس « أن رجلاً اشترى من رجل بعيراً وشرط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال : الخيار ثلاثة أيام » إلا أنه أعلَّ بأبان مع الاعتراف بأنه كان رجلاً صالحاً ، وكذا أخرجه الدارقطنى عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم

في الرأس فكان أحوج إلى الزيادة ، فلوزادت كان أولى بها ، فدل على أن المقدرنى الزيادة سلمناه ، لكن في الكثير معنى الفرر أزيد وقد تقدم . والقياس على التأجيل في الثمن غير صحيح لأن الأجل يشترط للقدرة على الأداء .

(إلا أنه إذا أجاز في الثلاث) جاز عند أبي حنيفة بخلافنا لزمفر ، هو يقول : إنه انعقد فاسدا فلا يتقلب جائزا : وله أنه أسقط المفسد قبل تفرره فيعود جائزا كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس ،

قال « الخيار ثلاثة أيام » وفيه أحمد بن ميسرة متروك . وأما ما استدلوا من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار . وأما القياس على الأجل فنقول بموجبه ولا يضرنا ، فإن الشارع لما شرع الأجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فعملنا بإطلاقه ، وهنا لما شرع الخيار شرعه مقيدا بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بتقييده : حتى له أنه لو شرع الأجل أيضا مقيدا بمدة كنا نقول لايزاد عليها أيضا ، ولوجوب الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة أن شرط الخيار للبائع لا يجوز لأن نفس الخيار ماورد إلا للمشتري . قلنا : ممنوع بل للأعم ، فإنه صلى الله عليه وسلم قال له « إذا بايعت » وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا (قوله إلا أنه) استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها : أى لا يجوز في وقت من الأوقات إلا في وقت إجازته داخل الثلاثة (عند أبي حنيفة رضى الله عنه بخلافنا لزمفر) وبه قال الشافعي (هو) أى زفر (يقول إنه) أى العقد (انعقد فاسدا فلا يتقلب جائزا) كما إذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لا يقع صحيحا ، أو باع عبدا بألف ورطل خمر ثم أسقط الخمر ، وهذا لأن البقاء على حسب الثبوت فإن الباقي هو الذى كان قد ثبت (ولأبي حنيفة أنه) أى من له الخيار (أسقط المفسد) وهو اشتراط اليوم الرابع (قبل تفرره) أى قبل ثبوته وتحققه لأن ثبوته بمضى ثلاثة أيام فيعود جائزا (كما إذا باع بالرقم وعلمه بالمجلس فرضى به) وهذا لأن المفسد ليس هو شرط الخيار ، بل وصله بالرابع وهو بعرض الفصل قبل مجيئه ، فإذا أسقطه فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا . ثم اختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء ؛ فعند مشايخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر إذ الظاهر دوامهما على الشرط ، فإذا أسقطه تبين الأمر بخلاف الظاهر فينقلب صحيحا . وقال مشايخ خراسان والإمام السرخسي وفخر الإسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر : هو موقوف ، وبالإسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا ، وإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو الأوجه ، كذا في الظهيرية والخيرة .

وهي إنما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج إلى مدة طويلة . (قوله إلا أنه إذا أجاز) يجوز أن يكون استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها ، ومعناه : لا يجوز أكثر منها ، لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز ، ويجوز أن يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور ، والأول أولى لقوله بخلافنا لزمفر فتأمل . وزفر يقول : إن هذا عقد قد انعقد فاسدا والفساد لا يتقلب جائزا لأن البقاء على طبق الثبوت ، فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين أو اشترى عبدا بألف ورطل خمر ثم أسقط الدرهم الزائد وأبطل الخمر ؛ ولكن تزوج امرأة وتحتة أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة . ولأبي حنيفة أنه أسقط المفسد قبل تفرره . اعلم أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة ، فذهب العراقيون إلى أنه ينعقد فاسدا ثم يتقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع ، وذهب أهل خراسان وإليه مال شمس الأئمة السرخسي إلى أنه موقوف ، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد ، فقوله إنه أسقط المفسد قبل تفرره :

(قوله لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز) أقول : لكن لو ذكر الخ يشير إلى أن الاستثناء متقطع ، والظاهر الأول أن يحمل على الاتصال : أى لا يجوز أكثر منها في وقت من الأوقات إلا في وقت إجازته في الثلاث فليتبرر ، وقوله (فيقتصر على المدة المذكورة) من تنمة الدليل فلا يلائم ذكر الخلاف في حيز الاستثناء المعلق به (قوله والأول أولى لقوله بخلافنا لزمفر فتأمل) أقول ، يبنى أن ذكر الخلاف يدل على تعلق الاستثناء بتقرير المسئلة على ما هو رأيهم في تقرير الخلاف .

ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع ، فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ، ولهذا قيل : إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع ، وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط ، وهذا على الوجه الأول (ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز ،

وذكر الكرخي نصا عن أبي حنيفة أن البيع موقوف على إجازة المشتري وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الإجازة لأن لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف . ولا يخفى أنه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن إلا عدم الفساد في نفس الأمر إلى أن يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الأمر : فحقيقة القولين لفساد قبل الرابع بل موقوف ، ولا يتحقق الخلاف إلا أن يكون الفرض أن الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا بإسقاطه خيار الرابع قبل مجيئه ، وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال : ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط . وقوله وهذا على الوجه الأول : يعني قوله أسقط المفسد قبل تقرر وهو كالقلب ، فإن التعليل هو الذي يبنى على الأصل لا أن أصل القاعدة يبنى على التعليل . والجواب عن المسائل المقيس عليها لزفر أن الفساد فيها في صلب العقد لأنه بسبب المبيع وهو البديل فلم يمكن رفعه وهنا في شرطه ، وكما يتقلب العقد جائزا إذا أسقط الخيار قبل مضي الثلاثة كذلك لو أعتق العبد أو مات العبد أو المشتري أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جائزا في قول أبي حنيفة ويلزمه الثمن (قوله ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز) والمتفنع بهذا الشرط هنا هو البائع ،

أي قبل مضي ثلاثة أيام تعليل على الرواية الأولى. وتقريره أن العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر ، لأن الظاهر دوامها على الشرط ، فإذا أسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا ، وهذا لأن هذا العقد لم يكن فاسدا لعينه بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع ، فإذا زال المغير عاد جائزا فصار كما إذا باع بالرقم وهو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال أو غيره ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك ، فإذا قال بعتك هذا الثوب برقمه وقبل المشتري من غير أن يعلم المقدار انعقد البيع فاسدا ، فإن علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جائزا بالاتفاق (قوله ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع) تعليل على الرواية الثانية ، وتقريره أن اشتراط الخيار غير مفسد للعقد ، وإنما المفسد اتصال اليوم الرابع بالأيام الثلاثة ، فإذا جاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا . والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل أن الفساد فيها في صلب العقد وهو البديل فلم يمكن دفعه وفي مسئلتنا في شرطه فأمكن . قال (ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن) إذا اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه : فأما إن قال على أنه إن لم ينقد الثمن فلا بيع ، أو قال على أنه إن لم ينقد الثمن أياما فلا بيع وهما فاسدان ، أو قال على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلاثة . والقياس وهو قول زفر أن لا يجوز لما أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد ، واشتراط الإقالة في البيع مثل أن يقول بعتك هذا بشرط أن تقبل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد : فاشتراط فاسدها أولى أن يفسد . واستحسن العلماء جوازه . ووجهه أن هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة ، إذ الحاجة مست إلى

(قوله والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل أن الفساد فيها في صلب العقد الخ) أقول : وكذلك الفساد في البيع بالرقم في صلب العقد لجهالة الثمن فلا بد من الفرق (قال المصنف : ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام الخ) أقول : قال الإمام القاضي ظهير الدين : هاهنا مسألة لا بد من حفظها ، وهي أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام يفسد البيع ولا يفسخ ، حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفذ عتقه ، وإن كان فريد البائع لا ينفذ ، وعلى هذا إذا اشترى عبدا ونقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن فلا بيع بينهما جاز البيع بهذا الشرط بمنزلة شرط الخيار حتى إذا قبض المشتري يكون مضمونا عليه بالقيمة ، ولو أعتقه المشتري لا ينفذ ، ولو أعتقه البائع ينفذ . ولا يخفى عليك مخالفة هذا

وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر ، فإن نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعا) والأصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن الماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به ، وقد مرّ أبو حنيفة على أصله في الملحق به ، ونفى الزيادة على الثلاث ، وكذا محمد في تجويز الزيادة . وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر .

وكذا لو قبض الثمن وقال إن رده البائع إلى ثلاثة أيام فلا بيع . يجوز هذا البيع بهذا الشرط ويصير كخيار الشرط حتى إذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة : ولو أعتقه المشتري لا ينفذ عتقه . ولو أعتقه البائع نقد (وإلى أربعة أيام لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف) فإن نقد الثمن قبل مضي الثلاثة تم البيع ، وإن لم ينقده فيها فسد البيع ولا يفسخ نص عليه ظهير الدين وقال : لا بد من حفظ هذه المسئلة ، حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده عتق لا إن كان في يد البائع (وقال محمد : يجوز إلى أربعة أيام وأكثر) على قياس قوله في شرط الخيار (فإن دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعا . والأصل فيه) أي في صحة هذا البيع إلى ثلاثة أيام في الثمن (أن هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لا قياسا ، والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوي) وفهم الملحق بمجرد فهم الأصل مع فهم الأصل مع فهم اللغة ، وكل من علم صحة اشتراط الخيار للثمن في ثلاثة أيام لكل من المتبايعين تبادر إليه أن شرعيته للثمن لدفع ضرر الغبن في المبيع والثمن فيتبادر إليه جوازه لدفع الغبن في الثمن للماطلة ، وكون هذا يفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذلك ينبرم بتمامها بلا رد لا أثر له ، لأن المعبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يفهم من فهم اللغة ، إلا أنك سمعت أنه لا يفسخ بتمامها بل يرجع فاسدا (وقد مرّ أبو حنيفة رضي الله عنه على أصله في الملحق به) وهو أنه لا يزداد على الثلاثة فكذلك في الملحق ، وكذلك محمد حيث جعله جائزا بلا تقييد بمدة ،

الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن الماطلة في الفسخ . وإذا كان في معناه كان ملحقا به . وردّ بأننا لانسلم أنه في معناه لأن هناك لو سكّت حتى مضت المدة تم العقد وهاهنا لو سكّت حتى مضت المدة بطل العقد . وأجيب بأن النظر في الإلحاق إنما هو إلى المعنى المناط للحكم وهي الحاجة وهي موجودة فيها ، وأما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير . فإن قيل : الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فإنه إذ لم ينفذ الثمن انفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه . أجيب بأن من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول أبي حنيفة ومحمد إلا بحضرة الآخر ، وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية : وأما إذا زاد على ثلاثة أيام فقد اختلفوا فيه : لم يجوز أبو حنيفة وأبو يوسف ، وجوز محمد . أما أبو حنيفة فقد مرّ على أصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلاث ، وكذلك محمد مرّ على أصله في تجويز الزيادة في الملحق به ، وأبو يوسف احتج إلى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الأول . ووجه ذلك ما قال المصنف وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر ، وفي هذا بالقياس . وتفسيره على وجهين : أحدهما أن المراد بالأصل شرط الخيار ، ويقول في هذا قوله وإن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام ، والمراد بالأثر ما روى عن ابن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين ، ومعناه : تركنا القياس في الملحق به وهو شرط الخيار بأثر ابن عمر ، وعملا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه .

= المتقول لإشارة قول المصنف إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد ، ولتصريح الشارحين أنه يفسخ العقد عند عدم النقد ، إلا أن يثبت في المسئلة روايتان (قوله فإن قيل : الحاجة تندفع ، إلى قوله : يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه) أقول : فيه بحث ، لأن شرط الخيار مخالف للقياس ، لكن المراد قياس زفر (قوله أجيب بأن من له الخيار ، إلى قوله إلا بحضرة الآخر) أقول : فيه بحث ، فإنه ذكر ظهير الدين أنه لا يفسخ بغير المدة بل يفسد العقد ، نقل عنه في النهاية وغيره .

وفي هذا بالقياس ، وفي هذه المسئلة قياس آخر وإليه مال زفر وهو أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط ، واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد ، فاشتراط الفاسد أولى . ووجه الاستحسان ما بينا . قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام هذا السبب بالمرضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه

وأبو يوسف فرق فأخذ في الأصل بالأثر : يعني أثر ابن عمر في جواز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام . وأخذ في هذه المسئلة بالقياس : أي في نفي الزائد على الثلاثة . وأما في الثلاثة فبحديث ابن البرصاء على ما سنده له في خيار التعيين . هذا ما ذكر عن أبي يوسف هنا ، وقد روى عنه أنه رجع إلى قول محمد رواه الحسن بن أبي مالك عنه . وفي شرح المجمع الأصح أنه مع أبي حنيفة ، وكثير من المشايخ لم يرجحوا عنه شيئا وحكموا على قوله بالاضطراب (وفي هذه المسئلة قياس آخر) يقتضي أن لا يجوز هذا البيع أصلا (وهو أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم دفع الثمن في الثلاثة الأيام ، والإقالة لا تتعلق بالشرط لأن فيها معنى التملك حتى جعلت بيعا جديدا في حق ثالث ، وهو لو شرط الإقالة الصحيحة وهي التي لم تتعلق بالشرط بأن قال بعثك على أن أتيتك وتقبلها أو قال اشتريت منك على أن تقبلني لا يصح لأنه شرط لا يقتضيه العقد (فاشتراط الفاسدة أولى) وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعي وأحمد ، فكلهم منعوا صحة البيع . والوجه عليهم ما قدمناه من الإلحاق بالدلالة لا بالقياس ، وهو المراد بقول المصنف : وجه الاستحسان ما بينا (قواه وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ، لأن تمام هذا السبب) الذي هو البيع (بالمرضاة) لما عرف من قوله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - (ولا يتم الرضا) مع الخيار) لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البائع لأنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضا فلا يوجب حكمه في حقه فلا يخرج المبيع عن ملكه فلهذا جاز تصرفه فيه فنفذ عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال ، وبالتعليل المذكور يعرف أن

والثاني أن يكون معناه أخذ أبو يوسف في الأصل : أي في ثلاثة أيام بأثر ابن عمر ، وهو ما روى « أن عبد الله بن عمر باع ناقه له من رجل بشرط أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما » (وفي هذا) أي في الزائد على ثلاثة أيام (بالقياس) وهو يقتضي عدم الجواز كما مر (قوله وفي هذه المسئلة قياس آخر) تقدم معناه . قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) قد تقدم أن خيار الشرط قد يكون لأحد المتعاقدين وقد يكون لهما جميعا ، فإذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق ، وإذا كان للمشتري فالمبيع يخرج عن ملك البائع والثمن لا يخرج عن شيء من المبيع والثمن عن ملك البائع والمشتري بالاتفاق ، فإذا خرج المبيع عن ملك البائع والثمن عن ملك المشتري هل يخل في ملك المشتري والبائع ؟ فيه خلاف . قال أبو حنيفة : لا يخل ، وقالوا : يخل . أما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الأولى فلما ذكره من قوله (لأن تمام هذا السبب) أي العلة (بالمرضاة) لكون الرضا داخلا في حقيقته الشرعية . ولا تتم المرضاة بالخيار لأن البيع به يصير علة اسما ومعنى لاحكما فنزع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه (ولهذا ينفذ عتقه) ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع ، فإن قبضه المشتري فهلاك في يده في مدة

(قوله وقوله وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه) أقول : يعني تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميننا ، وهو قوله والقياس وهو قول زفر أنه لا يجوز لما أنه بيع الخ (قوله لكون الرضا داخلا في حقيقته الشرعية ولا تتم المرضاة بالخيار) أقول : فيه بحث ، فإن بيع المكروه بيع يرتب عليه أسكاه ولا رضاه (قوله لأن البيع به يصير علة اسما) أقول : تأمل في صحة هذا التعليل .

ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع (ولو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفاً ، ولا نفاذ بدون المحل فبقى مقبوضاً في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ، ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتباراً بالبيع الصحيح المطلق : قال (وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) لأن البيع في جانب الآخر لازم ، وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البذل

خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه لاتحاد نسبته إلى كل من له الخيار ، وأنه إذا كان الخيار لهماً لا يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشتري ؛ ولو قبض المشتري المبيع وكان الخيار للبائع (فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفاً) في حق المبيع ، ولا يمكن نفاذه بالهلاك لأنه (لا نفاذ بلا عمل فبقى) في يد المشتري (مقبوضاً) لأعلى وجه الأمانة المحضة كالوديعة والإعارة كما نقل عن ابن أبي ليلى رحمه الله أنه لم يضمه لأنه ما رضى البائع بقبضه إلا على جهة العقد فأقل ما فيه أن يكون كالمقبوض (على سوم الشراء ، وفي) المقبوض على (سوم الشراء القيمة) إذا هلك وهو قيمى والمثل في المثل إذا كان القبض بعد تسمية الثمن ، أما إذا لم يسم ثمن فلا ضمان في الصحيح . وعليه فرع ما ذكره الفقيه أبو الليث في العيون : في رجل أخذ ثوباً فقال اذهب به فإن رضيت اشتريته فضاع في يده لم يلزمه شيء ، وإن قال إن رضيت اشتريته بعشرة كان ضماناً للقيمة ، وبثبوت الضمان بالقيمة على المشتري في هذا البيع قال مالك والشافعي في المشهور ؛ وعندهم وجه في ضمانه بالثمن ، وهو قياس قول أحمد لأنه قال يخرج المبيع عن ملك البائع بثبوت الخيار له لأن السبب قد تم بالإيجاب والقبول ، وثبوت الخيار بثبوت حق الفسخ ، وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك كخيار العيب قلنا : قولك تم البيع بالإيجاب والقبول إن أردت في حق حكمه منعناه وأتمت صورته فسلم ، ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا ، وتقييد المصنف الهلاك بكونه في مدة الخيار ليخرج ما إذا هلك بعدها ، وأنه حينئذ يضمن بالثمن لأنه هلك بعد ما انبرم البيع لعدم فسخ البائع في المدة (ولو هلك) المبيع (في يد البائع) والحال أن الخيار له لا إشكال في أنه ينفسخ (ولا شيء على المشتري اعتباراً بالبيع الصحيح المطلق) عن شرط الخيار فإن فيه : إذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع ، والتقييد بالصحيح ليس لإخراج الفاسد لأن الحال في البيع الفاسد كذلك أعنى الانفساخ بهلاك المبيع في يد البائع ، بل لأن الاعتبار الأصالة والفاسد يأخذ حكمه منه (قوله وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) وقوله (لأن البيع) إلى آخره تعليل لمخدوف وهو قولنا فيخرج المبيع عن ملك البائع لأن البيع في جانبه لازم بات فقد تم السبب في حقه وانقضى ما يمنعه من عمله إذ كان خيار المشتري لا يمنعه فيخرج (وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البذل) الذي هو

الخيار ضمنه بالقيمة إن لم يكن مثلياً ، خلافاً لابن أبي ليلى . هو يقول : قبض ملك البائع بإذنه فكان أمانة في يده ، ونحن نقول : البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة ، وذلك لأن المعقود عليه بالهلاك صار إلى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا تلحقها الإجازة وهو معنى قوله (لأنه كان موقوفاً) ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك ، وأما أن المنفسخ به مضمون بالقيمة فلا أنه مقبوض بجهة العقد ، وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء ؛ وتحقيقه أن الضمان الأصلي الثابت بالعقد في القيميات هو القيمة ، وإنما يتحول منها إلى الثمن عند تمام الرضا ، ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقى الضمان الأصلي في مدة الخيار ، وأما إذا هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار إذ ذاك بتمام الرضا ، ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري

عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظرا له دون الآخر : قال : إلا أن المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة ، وقالوا : يملكه لأنه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع . ولأبي حنيفة أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لا يجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ، ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة ، ولأن الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ، ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيفوت النظر .

من جهة (من له الخيار) لما ذكرنا أنه يوجب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب خروجه لعدم شرط عمله فيبقى على ملكه كما كان . وقوله (إلا أن المشتري لا يملكه) بمعنى لكن ، وهو استدراك لأمر متبادر عند قوله بخروج المبيع عن ملك البائع إذا كان الخيار للمشتري وهو المقدر الذي ذكرناه ، فإنه يتبادر بحكم العادة أنه إذا خرج المبيع عن ملك البائع يدخل في ملك المشتري ، وهذا (عند أبي حنيفة ، وقالوا : يملكه) المشتري ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول (لأنه لما خرج عن ملك البائع لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا إلى) ملك (مالك ولا عهد لنا به في الشرع) في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يراد شراء متولى أمر الكعبة إذا اشترى عبدا لسدانة الكعبة ، والضبيعة الموقوفة بعبيدها إذا ضعف أحدهم فاشترى ببدله آخر فإنه لا يدخل في ملك المشتري لأن ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الأوقاف وحكم الأوقاف ذلك ، وكذا لا ترد التركة المستغرقة بالدين فإنه تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء للقيد المذكور (ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا إنه يدخل المبيع في ملكه اجتمع البدلان) الثمن والمبيع (في ملك) أحد المتعاضين (حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع) وأنى يكون (والمعاوضة تقتضي المساواة) بين المتعاضين في تبادل ملكيهما ، بخلاف ضمان غاصب المدبر إذا أبق من عنده سواء قلنا إنه بدل اليد أو الملك حيث لا يخرج المدبر به عن ملك مالكة فيجتمع العوضان في ملك واحد ، فإنه ضمان جنائية لا ضمان معاوضة شرعية ، وهذا ألزم في الشرع مما ذكرناه ، فإن المشتري للسدانة والوقف كائن في المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل في ملك أحد (ولأن خيار المشتري شرع نظرا له ليتروى فيقف على المصلحة) في رأيه (ولو أثبتنا الملك له) بمجرد البيع مع خياره ألحقناه بقبض مقصوده (إذ ربما) كان المبيع من (يعتق عليه) فيعتق (من غير اختياره) فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض إذا كان مفوتا للنظر وذلك لا يجوز ، وقد أورد على هذا لو لم يثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة

كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار . قيل : : وإنما ذكر الصحيح مع أن الحكم في الفاسد كذلك حلالا للمسلمين على الصلاح . وأما دليل خروجه عن ملكه إذا كان الخيار للمشتري فهو أن البيع لازم من جانبه . وتحقيقه أن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظرا له دون الآخر ؛ وأما أن البدل إذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فلا أنه لما لم يخرج ماله عن ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ، ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة . ونوقض بالمدبر ، فإن غاصبه إذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد . وأجيب بأن قوله (حكما للمعاوضة) يدفع النقض ، فإن ضمان المدبر ضمان جنائية وليس كلامنا فيه ، ويدخل عندهما لأنه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر يكون زائلا لا إلى مالك : يعني سائبة ولا عهد لنا

(قوله قيل ، إل قوله : لحال المسلمين على الصلاح) أقول : ولأنه يعلم منه حاله بالولاية .

قال (فإن هلك في يده هلك بالثمن ، وكذا إذا دخله عيب) بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع . ووجه الفرق أنه إذا دخله عيب يمتنع الرد ، والهالك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك ، والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن ، بخلاف ما تقدم لأن بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف . قال (ومن اشترى امرأته

لأن استحقاقها بالملك ولذا لا تثبت بحق السكنى لكنه يستحقها إذا بيعت دار يجوارها بالاتفاق والإجماع . أوجب بأنه إنما استحقها لأنه صار أحق بها تصرفا لأنه ملكها كالعبد المأذون يستحقها إذا بيعت دار يجواره بهذا المعنى . وحاصل هذا مع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو أومافى معناه ، وهذا تكلف لا يحتاج إليه ، وستأتي المسئلة معللة بانبرام البيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحها ، وما في الأجناس لو بيعت دار يجنبا فأخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية فله أن يردها إذا رآها ويبطل خيار الشرط (فإن هلك) المبيع (في يد المشتري) ولو في مدة الخيار (هلك بالثمن ، وكذا إذا دخله عيب) لا يرجى زواله كأن قطعت يده ولو بغير صنعه فإنه يلزمه الثمن ويمتنع الرد ، بخلاف ما لو كان يرجى زواله في المدة بأن مرض فإن المشتري على خياره ، لكن ليس له أن يرده مريضا بل حتى يبرأ في المدة ، فإن مضت المدة ولم يبرأ لزم البيع فيه . وعن أبي يوسف يبطل خيار المشتري في كل عيب بأي وجه كان إلا في خصلة ، وهي أن التقصان إذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره ، بل إن شاء رده وإن شاء أجاز البيع وأخذ الأرض من البائع . وقوله (بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع) متصل بقوله هلك بالثمن : يعني الفرق بين ما إذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشتري فإنه يهلك بالقيمة ، وبين ما إذا كان للمشتري فهلك في يد المشتري فإنه يهلك بالثمن هو أن الهالك لا يخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كائنا ما كان ، فإذا اتصل به الهالك لم توجد حالة مجوزة للرد فيهلك وقد انبرم العقد ، وانبرم العقد يوجب الثمن لا القيمة (بخلاف ما تقدم) من كون الخيار للبائع ، فإن تعيب المبيع لا يمنع الرد حكما بخيار البائع (فيهلك والعقد موقوف) فيبطل العقد فلا يضمن الثمن بل القيمة (قوله ومن اشترى امرأته

به في الشرع : ونوقض بما إذا اشترى متولى الكعبة عيدا لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري . وأوجب بأن كلامنا في التجارة وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الأوقاف ، وحكم الأوقاف قد تقدم . ورجح قول أبي حنيفة بأن شرعية الخيار نظرا للمشتري لا يبرئ فيقف على المصلحة ، فلو دخل في ملكه ربما يكون عليه لاله بأن كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض (قوله فإن هلك في يده) أي إن هلك المبيع في يد المشتري فيما إذا كان الخيار له هلك بالثمن ، وكذا إذا دخله عيب ، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفا . ومراده عيب لا يرتفع كأن قطعت يده . وأما ما يجاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره إذا زال في الأيام الثلاثة له أن يفسخ بعد الارتفاع . وأما إذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد ، وتبين بما ذكر أن هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري إذا كان الخيار للبائع ، ويوجب الثمن إذا كان للمشتري فاحتاج إلى التصريح ببيان الفرق . ووجهه أن المبيع إذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض ، وكذلك إذا هلك والهالك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى . وأما إذا كان الخيار للبائع فلم يمتنع الرد على المشتري بدخول العيب لأن الخيار للبائع لاله فيهلك والمبيع موقوف فيلزم القيمة . قال (ومن اشترى امرأته) هذه مسائل تترتب على الأصل المتقدم ذكره ، وهو أن الخيار إذا كان للمشتري

(قال المصنف : والعقد قد انبرم) أقول : انبرم مطاوع قولهم أبرمت الأمر لإرما : إذا أهلكته .

على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) لأنه لم يملكها لما له من الخيار (وإن وطئها له أن يردّها) لأن الوطء بحكم النكاح (إلا إذا كانت بكرا) لأن الوطء ينقصها ، وهذا عند أبي حنيفة (وقالوا : يفسد النكاح) لأنه ملكها (وإن وطئها لم يردّها) لأن وطأها بملك اليمين فيمتنع الرد وإن كانت ثيبا ، وهذه المسئلة أخوات كلها تبقى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه : منها عتق المشتري على المشتري إذا كان قريبا له في مدة الخيار ، ومنها : عتقه إذا كان المشتري حلف إن ملكت عبدا فهي حرّ ،

على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) عند أبي حنيفة (لأنه لم يملكها لما له من الخيار) والمبيع لا يدخل في ملك المشتري بالخيار ، فلورد البيع استمرت زوجة عنده . وعندهما إذا فسخه رجعت إلى مولاهما بلا نكاح عليها (وإن وطئها) بعد الشراء (له أن يردّها) بالخيار لأن الوطء لا يلزم هنا أن يكون إجازة لأن له في النكاح ملكا قائما يحل له الوطء فلم يلزم كون وطئه إجازة (إلا إذا كانت بكرا ، لأن الوطء ينقص البكر) فيمتنع الرد للمعيب الذي حدث عنده ، ومن هذا يعرف أنه لو نقصها الوطء وهي ثيب يمتنع الرد عنده أيضا للنقص الذي دخلها لا لذات الوطء . فإن قيل : لما زوجها مولاهما الذي باعها فقد رضى بالنقصان بزوال البكارة وحين أثبت له الخيار فقد رضى بالرد فيكون راضيا بردها ناقصة . أجيب بمنع بقاء الرضا بذلك بعد البيع بل لما باعها نسخ ذلك الرضا إلى الرضا بما هي أحكام هذا البيع وأحكام هذا البيع ما ذكرناه (وقالوا : يفسد النكاح لأنه ملكها ، فإن وطئها لا يردّها) ولو كانت ثيبا لأن الوطء بعد انقضاء النكاح ليس إلا بملك اليمين فكان مسقطا للخيار ورضا بالمبيع ، وهذه المسئلة من فروع الخلاف في ثبوت الملك في المبيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه (ولها أخوات) ذكرها المصنف تفريعا على الخلاف في ذلك (منها عتق) العبد (المشتري على المشتري) بشرط الخيار (في مدة الخيار إذا كان قريبا) قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم يفسخ لأنه لم يملكه (ومنها أن من قال : إن ملكت عبدا فهو حرّ) فاشتري عبدا بشرط الخيار فإنه لا يعتق عند أبي حنيفة لأنه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط ، وعندهما وجد فعتق لأنه ملكه . أما لو قال : إن اشتريت عبدا فهو حر فاشتري عبدا بشرط الخيار فإنه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمشئ للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية . لا من كل وجه ، ولذا لا يعتق عن الكفارة إذا نوى الحالف بشرائه أن يعتق عن كفارته . ومنها لو اشترى جارية على أنه بالخيار فحاضت في مدة الخيار أو وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجزئ بتلك الحيضة لأنها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة أخرى لحل الوطء . وعندهما يجزئ بها لوجودها بعد الملك ، وينبغي أن يقيد بكون ذلك بعد القبض لأن السبب لوجوب الاستبراء الملك والمملك المؤكد يكون بالقبض ، ولو اختار الفسخ فردّها إلى البائع

يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنده ، وعندهما يدخل ، فعلى هذا إذا اشترى امرأته (على أنه بالخيار ثلاثة أيام يفسد النكاح) لأنه لم يملكها ، وإن وطئها له أن يردّها لأن الوطء لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار ، إلا إذا كانت بكرا فليس له أن يردّها لأن الوطء ينقصها ، وهذا يشير إلى أن قوله (وإن وطئها له أن يردّها) معناه : إذا لم ينقصها الوطء ، فأما إذا نقصها فلا يردّها وإن كانت ثيبا إليه أشير في شرح الطحاوي . وعندهما يفسد النكاح وإن وطئها لم يردّها وإن كانت ثيبا لأنه ملكها ووطئها بملك اليمين . وهذه المسئلة نظائر في كونها مترتبة على الأصل المتقدم : منها عتق المشتري على المشتري في مدة الخيار إذا كان قريبا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافا لهما . ومنها ما إذا قال إن ملكت عبدا فهو حرّ فاشتري بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما .

بمخلاف ما إذا قال : إن اشتريت فهو حرّ لأنه يصير كالممنشئ للعق بعد الشراء فيسقط الخيار . ومنها أن حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به عن الاستبراء عنده ، وعندهما يجتزأ ؛ ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده ، وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض . ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لاتصير أم ولد له عنده خلافاً لها ،

لا يحتاج البائع إلى استبرائها عند أي حنيفة سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده . وعندهما إن كان قبل القبض لا استبراء عليه استحساناً ، وإن كان في القياس يجب وإن كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبرائها قياساً واستحساناً لاستحداث الملك بعد ملك المشتري الملك المؤكد بالقبض فيثبت توهم الشغل ، وأجمعوا أن العقد لو كان باتاً ثم فسخ بإقالة أو غيرها إن كان قبل القبض فالقياس أن يجب على البائع الاستبراء ، وفي الاستحسان غير واجب ، وإن كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياساً واستحساناً ، ولو كان الخيار للبائع ففسخ في المدة فظاهر الرواية أنه لا يجب عليه استبراء لأنها لم تخرج عن ملكه ، وإن أجازة فعلى المشتري استبرائها بحیضة بعد الإجازة بالإجماع . ومنها إذا ولدت منكوحته بعد ما اشتراها على أنه بالخيار في المدة لاتصير أم ولد له وتصير أم ولد له عندهما ، وقد قيد الشارحون كلام المصنف بأن تكون الولادة قبل القبض ، ولا بد منه لما ذكر في المبسوط : لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لأنها تعبت بالولادة وتصير أم ولد بالإجماع . وصور الطحاوي هذه الخلافية فيما إذا ولدت قبل الشراء قال : اشترى جارية وقد ولدت منه ولدا بشرط الخيار ؛ فعند أي حنيفة لاتصير أم ولد له وخياره على حاله إلا إذا اختارها صارت أم ولد له ، وعندهما تصير أم ولد له بالشراء ، ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره ، وتقييده بكونه قبل القبض أحسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل

بمخلاف ما إذا قال إن اشتريت ، لأنه يصير كالممنشئ للعق بعد الشراء لأن المعلق بالشرط كالمرسل عنده ، ولو أنشأ العتق بعد شرائه بالخيار عتق وسقط الخيار كذا هذا . فإن قيل : لو كان كالممنشئ وجب أن ينوب عن الكفارة إذا اشترى المحلوف عليه بعتمه ناوياً عن الكفارة . أجيب بأنه جعل كالممنشئ تصحيحاً لقوله فهو حرّ فلا يتعلق إلى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت العین لأنه كالمدير في الاستحقاق ، وفيه يعمل الإنشاء للعق لا عن الكفارة كذلك هذا . ومنها أن المشتراة إذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضة أو بعضها فاختارها لا يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء عنده خلافاً لها ، ولو ردها على البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض أو بعده . وعندهما إذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء استحساناً . والقياس أن يجب لتجدد الملك ، وإن كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياساً واستحساناً . وأجمعوا في البيع البات يفسخ بإقالة أو غيرها أن الاستبراء واجب على البائع إذا كان الفسخ قبل القبض بقياساً وبعده قياساً واستحساناً . ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لاتصير أم ولد عنده . قال صاحب النهاية : لا بد من أحد تأويلين : إما أن يكون معناه اشترى منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري بشرط الخيار ، أو يكون اشترى الأمة التي كانت منكوحته وولدت منه ولدا قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لاتصير أم ولد له في مدة الخيار عنده خلافاً لها ، وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفاً لقوله لاتصير أم ولد له لا ظرفاً للولادة . وتقرير كلامه : إذا ولدت المشتراة بالنكاح لاتصير أم ولد له في مدة الخيار ، وفيه تعقيد لفظي كما ترى . قال صاحب النهاية : وإنما احتجنا إلى أحد التأويلين : لأننا لو أجرينا على ظاهر اللفظ قلنا إنه إذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة

(قوله لأننا لو أجرينا على ظاهر اللفظ) أقول : يعني الإطلاق .

ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرذ لم يملكه عنده ، وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك . ومنها لو كان المشتري عبدا مأذونا له فأبرأه البائع من الثمن في المدة بقي على خياره عنده لأن الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه ، وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تملكيا بغير عوض وهو ليس من أهله .

القبض بعد الشراء (ومنها إذا قبض المشتري) بشرط الخيار له (المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع) عنده (لارتفاع القبض بالرذ) لأنه لما لم يملكه ارتفع القبض بالإيداع لأن البائع لا يصلح أن يكون مودعا للملك نفسه فلا يكون الإيداع صحيحا ، وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع (وعندهما) يهلك (من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام ملكه) وقد يقال عدم صحة الإيداع باعتبار أن المالك لا يصلح مودعا للملك نفسه صحيح ، لكن الواقع أن المبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا للملك نفسه فتصح ودعة المشتري لتحقق إيداع غير المالك كالمضارب وغيره ، وقد يراد ملكه بحسب المال إلا أنه ليس بلازم لجواز أن لا يثول إلى ملكه بأن يختار المشتري البيع ، أما لو كان الخيار للبائع فسلمه إلى المشتري ثم إن المشتري أودعه في مدة الخيار البائع فهلك في يده قبل نفاذ البيع أو بعده يبطل البيع في قولهم جميعا ، ولو كان البيع بائنا فقبضه المشتري بإذن البائع أو بغير إذنه وله فيه خيار روية أو عيب فأودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقا لأن هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصحح الإيداع منه (ومنها لو كان المشتري) بالخيار (عبدا مأذونا فأبرأه البائع من الثمن في المدة) يصح إبرأؤه استحسانا لا قياسا لأن البائع لم يملك الثمن على المشتري بالخيار فلا يصح إبرأؤه مما لا يملكه . وفي الاستحسان : يصح لجوب سبب ملكه للثمن وهو البيع ، وإذا صح إبرأؤه إلا لاتفاق (بقي على خياره) في السلعة إن شاء أجاز البيع فيأخذها بلا ثمن ، وإن شاء رده فبرد السلعة للبائع عند أي حنيقة لأنه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شيء بلا عوض (والمأذون يليه) أي يملك ذلك كما له أن يتمتع من قبول الهبة (وعندهما) لما برئ من الثمن والواقع أن المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لو رده كان متبرعا

الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لأن الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ماتعيت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار ، ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يد البائع في مدة الخيار أو بعدها هلك على البائع لأن القبض قد ارتفع بالرذ إذ الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع ، وإذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وأنه من مال البائع ، وعندهما لما ملكه المشتري صححت الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده . ومنها ما لو كان المشتري عبدا مأذونا له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره لأنه لما لم يملكه كان الرد امتناعا منه عن التملك وللمأذون له ولاية ذلك ، وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تملكيا بغير عوض والمأذون ليس من أهله . فإن قلت : إذا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه فما وجه إبراء البائع عن الثمن قبل أن يملكه ؟ أجيب بأن القياس يلقي صحة هذا الإبراء ، وجوازه استحسانا لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد . ومنها إذا اشترى ذى من ذى خيرا بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما ، وعنده بطل الخيار والبيع . ووجه ذلك مذکور في الكتاب وهو واضح ؛ وإذا كان الخيار للبائع وأسلم يبطل البيع بالإجماع ؛ وإذا كان الخيار للمشتري وأسلم البائع لا يبطل البيع بالإجماع لأن العقد من جانبه بات ، فإن اختاره المشتري صار له ،

(قال المصنف : لأن الرد امتناع عن التملك) أقول : الظاهر أنه يقال عن التملك .

ومنها إذا اشترى ذي من ذي خمر على أنه بالخيار ثم أسلم يطل الخيار عندهما لأنه مذكها فلا يملك ردها وهو مسلم .
وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها فلا يتملكها بإسقاط الخيار بعده وهو مسلم . قال (ومن شرط له الخيار فله أن
يفسخ في المدة وله أن يجيز ، فإن أجاز به غير حضرة صاحبها جاز ،

مملكا بغير عوض والعبد المأذون ليس من أهل التبرعات ، فإذا امتنع الرد انبرم البيع بلا شيء . واستشكل
تصوير المسئلة بسبب أن الثمن لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور الإبراء منه . والجواب أن
الإبراء يعتمد شغل النمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره ؛ ألا يرى أن المديون مشغول
النمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وإنما اشتغلت ذمته لصحة السبب . لأن شرط الخيار ليس داخل على السبب
بل على حكمه كما تقدم وبوجود البيع لابد أن تشغل النمة بالثمن ، ولا يظن أنه يقارن وجوب أدائه بل
الثابت أصل الوجوب وليس في أصل الوجوب طلب أصلا على ما عرف (ومنها إذا اشترى ذي من ذي خمر على
أن المشتري بالخيار ثم أسلم) المشتري في مدة الخيار (بطل خياره) عندهما (لأنه ملكها فلا يملك ردها
وهو مسلم ، وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها ولا يمكنه تملكها بإسقاط الخيار) بعد الإسلام فتعين بطلان البيع . أما
لو كان الخيار للبائع وأسلم فبطلان البيع بالإجماع ، هذا آخر ما فرعه المصنف ، ومن الفروع أيضا على الخلاف
في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار مالمو اشترى مسلم من مسلم عصيرا بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده
لعجزه عن تملكه بإسقاط خياره وتم عندهما لعجزه عن رده بفسخه . ومنها ما إذا اشترى دارا على أنه بالخيار وهو
ساكنها بإجارة أو إعاره فاستلهم سكنها قال الإمام السرخسي : لا يكون اختيارا وإنما الاختيار ابتداء السكنى .
وقال خواهر زاده : استدامة السكنى اختيار عندهما لأنه يملك العين وعنده ليس باختيار لأنه بالإجارة أو
الإعارة لم يملك شيئا ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه ثم أحرم والظبي في يده ينتقض البيع عنده ويرد
إلى البائع . وقال : يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالإجماع ولو كان للمشتري فأحرم البائع للمشتري أن
يرده . ومنها أن الخيار إذا كان للمشتري وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده لأنها لم تحدث على ملك المشتري .
وعندهما للمشتري لأنها حدثت على ملكه (قوله ومن شرط له الخيار) سواء كان بائعا أو مشتريا أو أجنبيا (له أن
يجيز) في مدة الخيار بإجماع الفقهاء (وله أن يفسخ ، فإن أجاز به غير حضرة صاحبه) يريد بغير علمه (جاز) فإذا
كان الخيار للبائع فنفذ البيع بأحد معان ثلاث : بمضي مدة الخيار وبموته وإعماؤه وجنونه في المدة ، فإن أفاق فيها
قال الإسبيجاني : الأصح أنه على خيار ، ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البنج ، ولو ارتد فعلى

وإن رد صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يملك الخمر حكما . قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة)
هذا العموم يتناول البائع والمشتري والأجنبي ، لأن شرط الخيار يصبح منهم جميعا ، فإذا كان الخيار للبائع فالإجازة
تحصل بثلاثة أشياء : بأن يقول أجزت وبموته في مدة الخيار لأنه لا يورث كما سنذكره فيكون العقد به نافذا ،
وبأن تمضي مدة الخيار من غير فسخ وإذا كان للمشتري فبذلك ، وبأن يصير المبيع في يد المشتري إلى نخل
لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك العقود عليه وانتفاضه كما تقدم . وأما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون
حكما . والثاني هو ما يكون بالفعل كأن يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك ، كما إذا أعتق المبيع أو باعه
أو كانت جارية فوطئها أو قبلها أو أن يكون الثمن عينا فتصرف المشتري فيه تصرف الملاك فيما إذا كان الخيار
للمشتري فإن العقد يفسخ سواء في ذلك حضور الآخر وعلمه لأنه فسخ حكما ، والشيء قد يثبت حكما وإن

خياره لإجماعاً ، فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما . والمعنى الثالث أن يجوز البيع كأن يقول : أجزت البيع ورضيته وأسقطت خيارى ونحو ذلك ، وإذا كان الخيار للمشتري فتنافه بما ذكرنا من الأمور الثلاثة للبائع ، وبالفعل بأن يتصرف في المبيع تصرف المالك في مدة الخيار بأن يعتق أو يكاتب أو يدبر أو يبيع المبيع أو يهبه ويسلمه أو يرهنه أو يؤجره وإن لم يسلمه على الأصح ، وكذا إذا علق عقده في المدة فوجد الشرط فيها ، ومن ذلك أن يباشر في المبيع فعلاً لا يحتاج إليه للامتحان ، ولا يحل في غير الملك بحال ، فإن كان يحتاج إليه للامتحان ويحل في غير الملك فهو على خياره ، فالوطء إجازة ، وكذا التقييل بشهوة والمباشرة بشهوة ، والنظر إلى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لأن ذلك يحل في غير الملك في الجملة ، فإن الطيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة . نعم التقييل لا إلا أن النظر إليه من حيث هو مس ، ولو أنكر الشهوة في هذه كان القول قوله لأنه ينكر سقوط خياره ، وكذلك إذا فعلت الجارية ذلك يسقط خياره في قول أبي حنيفة ، وقال محمد : لا يكون فعلها البتة إجازة للبيع لأن شرط الخيار ليختار هو لا ليختار عليه ، ولأبي حنيفة أن حرمة المصاهرة تثبت بهذه الأشياء فكأنت ملحقه بالوطء فصارت هذه الأشياء من حيث هي ملحقه بالوطء في إيجاب الحرمة كالمضاف إلى الرجل . وأما المباشرة مكرهاً كان أو مطاوعاً اختياراً : أما عند أبي حنيفة فظاهر ، وأما عند محمد فلا لأن الوطء تنقيص ، حتى لو وجدت من غير المشتري يمتنع الرد ، فأما المباشرة إذا ابتدأتها والمشتري كاره ثم تركها وهو يقبل على الامتناع فهو اختيار ، وإنما يلزم سقوط الخيار في غير المباشرة إذا أقر بشهوتها لأن فعلها يلزم إسقاط خياره فيتوقف على إقراره بما يسقط خياره ، ولو دعا الجارية إلى فراشه لا يسقط خياره ، والاستخدام ليس بإجازة لأنه يمتنع به ، والاستخدام ثانياً إجازة إلا إذا كان في نوع آخر . وقد اختلف كلامه في الفتاوى الصغرى فقال : الاستخدام مراراً لا يكون إجازة . وقال في موضع آخر : قال المرة الثانية تبطل الخيار ، وأكله المبيع وشربه وليس يسقط الخيار . وفي فتاوى قاضيه خان : إذا لبس مرة واستخدم الخادم مرة لا يبطل خياره ويبطل بمرتين ، وركوبها ليس فيها أو يردها ويعلفها إجازة . وقيل إن لم يمكنه بدون الركوب لا يكون إجازة . وأطلق في فتاوى قاضيه خان أنه لا يبطل خياره فقال : وركوبها ليس فيها أو يردها على البائع لا يبطل خياره استحساناً فجعله الاستحسان . ولو قطع حوافر الدابة أو أخذ بعض عرقها لا يبطل . ولو نسخ من الكتاب لنفسه أو لغيره لا يسقط . ولو درس فيه يسقط ، وقيل على العكس ، وبه أخذ أبو الليث ، وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضا بها ، بخلاف خيار الرؤية والعيب . ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث بفعل البائع أو بغير فعله عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا يلزم العقد بفعل البائع لأن البائع لا يقدر على إلزام البيع ، ومتى قلنا إنه يلزم بيمينته أثبتنا له قدرة إلزامه فتفوت فائدة شرط الخيار للمشتري ، بخلاف ما إذا كان من أجنبي فإن لزومه لامن قبله . ولهما أن ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشتري فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف في ضمانه وتعذر على البائع حصته من الثمن ، فقي رد الباقي كان تفريقاً للشفقة على البائع قبل التمام في حق الرد ، وهو لا يجوز كفعل الأجنبي ؛ وإذا

كان يبطل قصداً . وأما الأول فهو ما يكون بالقول ، وهو أن يقول البائع أو المشتري فسخت ، فإن كان ذلك بحضرة الآخر : أى بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق ، وإن كان بغير علمه فلا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف : يجوز وهو قول الشافعي رحمهما الله . لأبي يوسف أن من له الخيار مسلط

وإن فسخ لم يجوز إلا أن يكون الآخر حاضرا عند أبي حنيفة ومحمد : وقال أبو يوسف : يجوز) وهو قول الشافعي والشرط هو العلم ، وإنما كنى بالحضرة عنه . له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع . ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ، ولا يعرى عن المضرة لأنه

عرف هذا عرف أن المشتري يرجع على البائع بالأرش ، ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره ، لأن ما انتقص بغير فعله فهو غير مضمون على البائع ، وكذا لو سقطت أطرافه لم يسقط شيء من الثمن لكنه يتخير المشتري ، ولو حدث بفعل البائع انتقص البيع لأن ما انتقص مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن ، فلو تفينا الخيار تفرقت الصفقة على المشتري . ولو بزغ الدابة فهو رضا ، ولو حلب لبنها فهو رضا عند أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه ، وقال أبو يوسف : لا يكون رضيا حتى يشربه أو يستهلكه . ولوسق حرثا في الأرض فيها إذا اشترى الأرض أو حصد الزرع أو فصل منه شيئا فيها إذا اشترى الزرع فهو رضا . ولوسق دوابه من النهر أو شرب هو فليس برضا . ولو طحن في الرحى فهو رضا ، وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رحي الماء وليست في ديارنا . ولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطلب المشتري الأجرة من الساكن فهو لإجازة . ولو غسل العبد أو الجارية أو مشطها بالمشط والدهن وألبسها فليس برضا (قوله وإن فسخ) أى من له الخيار في المدة (بغير حضرة الآخر) أى بغير علمه (لم يجوز) عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول مالك (وإنما كنى بالحضرة عن العلم) حتى لو لم يبلغه الفسخ إلا بعد المدة تم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ (وقال أبو يوسف : يجوز وهو قول الشافعي) وكذا الخلاف في خيار الرؤية والفسخ بالقول في المدة بأن يقول فسخت أو رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع ، وهذا الفسخ بالقول هو الذى الخلاف في جوازه بغير علم الآخر . وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا ، وكان مقتضى النظر أن من قال بمجم الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به فيما هو فعل اختياري لأنه كالقول من حيث هو اختيار يثبت به الانقاسخ ، بخلاف الموت وفعل الأمة ودخول العيب بغير صنعه والهلاك ، فإن كان الخيار للبائع فهو أن يتصرف في المبيع تصرف الملاك كالعتق والبيع والوطء ، وجميع ما قلنا أنه لإجازة إذا صدر من المشتري من الأفعال فهو فسخ إذا صدر من البائع (له) أى لأبي يوسف (أنه) أى الفاسخ منهما (مسلط على الفسخ من جهة صاحبه) يعنى الذى لا خيار له (فلا يتوقف) فسخه (على علمه) كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل (ولهما أنه تصرف في حق الغير) وهو الذى لا خيار له (بالرفع ولا يعرى عن الضرر لأنه) أى الغير الذى لا خيار له

على فسخ العقد من جهة صاحبه ، وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالإجازة ، وهو قياس منه لأحد شرطى العقد على الآخر ، ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضا ، وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فإن له أن يتصرف فيما وكل به وإن كان الموكل غائبا لأنه مسلط من جهته (ولهما أن الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع و) هو (لا يعرى عن المضرة) أما إذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررا . وأما إذا كان للمشتري فالبائع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لسلعته مشريا ، وقد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى ، والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لاحالة كما في عزل الوكيل . والقياس على الشرط الآخر فاسد

(قوله وهو قياس منه لأحد شرطى العقد) أقول : فيه تسامح لظهور أن الفسخ ليس أحد شرطى العقد .

عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع ، أو لا يطلب لسلعته مشتريا فيما إذا كان الخيار للمشتري ، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل ، بخلاف

(عساه يعتمد على تمام البيع السابق) إذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ (فيتصرف) المشتري (فيه) فيما إذا كان الخيار للبائع والواقع أنه فسخ (فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك) وقد تكون القيمة أكثر من الثمن (ولا يطلب لسلعته مشتريا) اعتمادا على نفاذ البيع لما لم يظهر له الفسخ في المدة اعتمادا على تمامه (فما إذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر) يحىء من قبل الانفراد بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصدا حال عدم علمه لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به كى لا يتضرر بلزوم الثمن من ماله إذا كان وكيلا بالشراء ، وبطلان قوله وتصرفه إذا كان وكيلا بالبيع ، وربما يعتمد المشتري منه النفاذ فيتشعب الفساد . والحاصل قياسان تعارضا قياس أى يوسف على تصرف الوكيل وقياسهما على عزل الوكيل ، ثم في قياسهما أمور طردية لا معنى لها وهو قوله يتصرف في حقه الغير بالرفع ، فإن هذا لا أثر له في نفي الصحة بلا علم ، إنما أثره في نفي الصحة بلا إذن ، فإن كونه حق الغير يمنع التصرف بلا إذن ، فهو بالنسبة إلى العلم طرد ، والإذن قد وجد في ضمن شرط الخيار له . فإن قيل : لا نسلم أن شرط الخيار تضمن الإذن له بالفسخ مطلقا إنما يكون ذلك لو لم يكن مظنة أن يلحقه ضرر ، أما إذا كان الفسخ بغير علمه طريق ضرر يلحقه فلا . قلنا فاستقام حينئذ أن المؤثر ليس إلا كون فسخ مظنة ذلك الضرر ، وصح قولنا إن ما سواه لا أثر له من كونه تصرف في حقه بلا علمه ، وحينئذ فيقتصر النظر على إثبات الضرر . ولا يخفى أن الضرر الذى ذكر أنه يلحق المشتري إذا كان الخيار للبائع في حيز التعارض لأن ضرر لزوم القيمة إنما يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا أكثرى ، بل قد يكون الثمن أكثر من القيمة فهما في محل التعارض ، بل الغالب أن البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا ببياعات الأسواق فبطل ذلك الشق ، وأما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب لسلعته مشتريا ، وإنما لحقه من تقصيره حيث لم يستكشف من المشتري في المدة هل فسخت أو لا ، ومثل هذا كثير في الفقه أعنى إلزام ما هو ضرر لتقصير من لزمه في احتياطه لنفسه مع المكنة ، بخلاف الوكيل فإن ضرره لازم بالإلزام ثمن ما يشتره عليه إن كان وكيلا للشراء ، لأن الشراء إذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بالإلزام ثمن ما لا غرض له فيه ولا حاجة له به ، وقد لا يكون مالكا لمقداره وبإهدار أقواله : أعنى عقودة إذا كان

لقيام الفارق وهو الإلزام ، ولا نسلم أنه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لأن التسليط على الفسخ من لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتملك من غير المالك ، وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لأن مبنى الإلزام على العلم لا على الرضا ، وكونه لا بد منه في البياعات لأنه لا إلزام فيها . وعورض بأن ما ذكرتم من إلزام الضرر وإن دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو أنه لو لم يتفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار إلى مضى المدة فيلزم البيع ، وفيه من الضرر ما لا يخفى : وأجيب بأنه ضرر مرضى به منه حيث ترك الاستيثاق بأخذ الكفيل مخافة الغيبة . واعلم أن مدار دليلهما إلزام ضرر زائد غير مرضى به ، فإذا فات الجموع أو بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا ، فلا يرد ما قيل الطلاق والعناق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل إلزام ، وهو مسوغ لأن ذلك من الإسقاطات ، وما هو كذلك ليس فيه شيء من الإلزام كإسقاط الحمل عن الدابة ، ولا ما قيل الزوج يتفرد بالرجعة وحكمها يلزم المرأة وإن لم تعلم لأنه ليس فيها إلزام لأن الطلاق الرجعى لا يرفع

(قوله لأن ذلك ، إلى قوله : من الإلزام الخ) أقول : المتق إثبات القوة الحكيمة على ما بين لأنه إسقاط ، والأظهر أن يقال ليس فيه ضرر .

الإجازة لأنه لا إلزام فيه ، ولا نقول إنه مسلط ، وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير

وكيلا بالبيع . وهذا أضرب على النفس من اقراض المال للدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شأنه ووضع قدره ، فالوجه لأبي يوسف والشافعي أقوى والله أعلم . وقوله حينئذ (ولا نقول إنه مسلط) من جهته (وكيف وهو لا يملك الفسخ فلا يملك تسليطه) مشاحة لفظية ، فإن المراد من سلطه إذن له في التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدة ، فإذا منع تضمن شرط الخيار الإذن بلا علمه للضرر ، فكان الإذن مقيدا بعدم محل الضرر وهو حال العلم . فجوابه ما ذكرنا من انتفائه في صورة التعارض وعدم تأثيره في أخرى لتقصير من يلزمه ، وبهذا أجابوا عن المعارضة القائلة لو لم ينفرد من له الخيار بالفتح يتضرر هو أيضا لأنه يمكن أن يختنص صاحبه في المدة حتى تنقضي . فقالوا هذا الضرر إنما لزمه من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل . وأما الجواب بأن الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار لعجزه عن إحضاره لا بالاختفاء في سعة فضل الله التجاوز عنه ، وقيل : الظاهر أنه لا يختنص لأنه أمين حيث أثبت الخيار لصاحبه . واعلم أن الإلزام بهذا الفرع على إحدى الروايتين : في فتاوى قاضيه خان : جاء إلى باب البائع ليرده فاختنى فيه فطلب من القاضي خصما ليرده عليه ، قال بعضهم : ينصب نظرا للمشتري ، وقال محمد بن سلمة : لا يجيبه لأن المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكيفا مع احتمال غيبته فلا ينظر له ، فإن لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الإعذار عن محمد روايتان : في رواية يجيبه فيبعث مناديا ينادي على باب البائع أن القاضي يقول : إن خصمك فلانا يريد أن يرد المبيع عليك ، فإن حضرت ولا نقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا إعذار . وفي رواية : لا يجيبه إلى الإعذار أيضا ، وقيل لمحمد يعني على هذه الرواية كيف يصنع المشتري ؟ قال : ينبغي للمشتري أن يستوثق فيأخذ منه وكيفا ثقة إذا خاف الغيبة حتى إذا غاب يرد على الوكيل : وطريق نقض القاضي على إحدى الروايتين أنه إذا قال الخصم : إنني أعذرت إليه وأشهدت فتواري فيقول القاضي : أشهدوا أنه زعم أنه أعذر إلى صاحبه في المدة كل يوم واختنى ، فإن كان الأمر كما زعم فقد أبطلت عليه الخيار ، فإن ظهر وأنكر فعلى المدعى البينة بالخيار والإعذار ، وهذا لأنه لا يمكن من إقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لأنه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال غيبته للحكم بها عليه . وإذا عرف هذا فالمسائل الموردة نقضا مسلمة لأنها على

النكاح حتى تكون الرجعة إلزام أمر جديد ، سلمناه لكن ليس فيه إلزام ضرر لأن النكاح من عوالم النعم فاستدامته بالرجعة لا تكون ضررا ولا ما قيل اختيار الخيرة ينفذ على زوجها ، وفيه إلزام حكم الاختيار وإن لم يعلم به لعدم الإلزام بل ذلك بالتزامه أو لأنه لا ضرر فيه ، فإن الإيجاب فيه حصل منه ، ولو رأى ضررا ما أقدم عليه أو لأنه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الأمة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بكون علمه وفيه إلزام لأنه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار أو هو مرضى به بالإقدام على سببه ، ولا ما قيل اختيار المالك رفع عقد الفصولي يلزم العاقدین بلا علم ، وفيه إلزام عليهما لأنه امتناع عن العقد لا إلزام منه ، ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة وإن لم تعلم لأنه لا ضرر في العدة أو لكونه بإيجاب الشرع نصا دون الطلاق ، بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فإنه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الإجازة ، وهو غير مرضى به من جانب الآخر فلا يلزمه

(قوله لأن النكاح من عوالم النعم الخ) أقول : فيه بحث (قوله أو لأنه غير زائد على موجب التخيير) أقول : وكذلك الفسخ في مسئلتنا فالأولى أن يقال أو لأنه مرضى به ، ولولاه لما أقدم على الإيجاب (قوله أمر مرضى به ولولاه لما أقدم على الإيجاب بالإقدام على سببه) أقول : سببه الإعتاق لا النكاح .

ما يملكه المسلط ، ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ، ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ .

وفق ما ترجح من قول أبي يوسف ، لكننا نورد هنا بناء على تسليم تمام الدليل : فمنها أن الخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك . وأجيب بأن لزوم حكم الطلاق على الزوج بإيجابه نفسه وهو تخيره وهو بعد الرضا والعلم ، وهو مدفوع بأن إثبات خيار الفسخ بمنزلة إثبات خيار الطلاق ، فإن كان الطلاق بإيجابه فيجوز حال غيبته فكذلك الفسخ بإيجابه فيجوز حال غيبته . ومنها الرجعة ينفرد بها الزوج ويلزم حكمها المرأة ، حتى لو تزوجت بعد ثلاث حيض فسخ إذا أثبت الرجعة قبلها : أجيب بأن الزوج لا يلزمها حكما جديدا لأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح وإنما يثبت البيئونة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان عليها أن تستكشف شرط تصرفها هل هو موجود أولا . ومنها الطلاق والعناق والعفو عن القصاص ، فإن حكمها يلزم غيره بلا علمه . وأجيب بأنها إسقاطات لا يلزم بها شيء من أسقط عنه فلا يتوقف على علمه . ومنها خيار المعلقة يصح اختيارها للفرقة بلا علم زوجها . أجيب لارواية فيها : وعلى تقدير التسليم فالتخير أثبت له الشرع مطلقا وله الولاية عليها ، ولا يخفى أن هذا من فساد الوضع ، فإن يكون الشرع أثبت حكم التصرف على الآخر بغير علمه في خيار الخيرة يقتضي أن الشرع لا يوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه في حقه . فإن قلت : فما الضرر الذي يلزمه أولا حتى يحتاج إلى جوابه ؟ قلنا : امتناعه عن تزوج أمة بناء على قيام نكاح التي أعتقت . ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين : أجيب بأن عقدهما لا وجود له في حق المالك إذ لا ولاية لهما عليه ، فإذا رد فقد بقي عدم شرط الثبوت فأنعدم أصلا في حقه فإنه يقع الانعقاد حكما . ومنها العدة فإنها تلزم على المرأة بتطليق الزوج ، وإن كان بغير علمها . أجيب بأن العدة لا تنجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تنجب عليه العدة ، ألا ترى أنها لا تنجب بالطلاق قبل الدخول بل الطلاق تصرف في حق نفسه بإزالة ملك أقدرة الله تعالى عليه فلما تلزم في ضمن الطلاق والعبرة للمتضمن لا للمتضمن ، وأما هنا فليس جواز الفسخ له بتسلط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه .

[فروع] اشترى غلاما على أنها بالخيار فرضي أحدهما لا رد للآخر عنده : وقال له رد نصيبه : ولو كان الخيار للعاقدين فقال البائع بمحضور المشتري أجزته ثم قال المشتري فسخته بمحضوره انفسخ ، فإن هلك في يد المشتري سقط الثمن ، ولو بدأ المشتري بالفسخ ثم البائع بالإجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته ، ولو تفاخرا العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد يبطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى . وفي الفتاوى : باع أرضا على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام وتقابضا ثم نقض البائع البيع تبقى الأرض مضمونة على المشتري والمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه إلى البائع ، فإن أذن البائع بعد ذلك للمشتري في زراعتها فزرعها تصير أمانة عند المشتري وكان للبائع أن يأخذها متى شاء قبل أن يرد الثمن وليس للمشتري حبسها ، لأنه لما زرعها بإذن البائع صار كأنه سلمها إلى البائع ، ولو مرض العبد والخيار للمشتري فلقى البائع فقال له نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فإن مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري ، وإن صح فيها فلم يرد حتى مضت كان له أن يرده على البائع بذلك الرد الذي كان منه . ومن باع على أنه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم أو عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويمضي

إلا بعلمه (قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه) يشير إلى أن الشرط هو العلم دون الحضور ، وليس المراد

قال (وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته) وقال الشافعي : يورث عنه لأنه حق لازم تدب في البيع فيجوز فيه الإرث كخيار العيب والتعيين . ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله ، والإرث فيما يقبل الانتقال ،

البيع جاز وطاب له إذ حاصله زيادة في الثمن ، وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على أن يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا أو يعطيه هذا العرض جاز لأنه زيادة في المبيع أو حط من الثمن ؛ ولو أمره ببيع عبده على أن بشرط الخيار له ثلاثة أيام فباعه مطلقا لم يجز ، ولو أمره مطلقا فباعه بشرط الخيار للأمر أو للأجنبي صح ، ولو كله بالشراء توكيلا صحيحا فهو على ما ذكرنا من التفصيل إلا أن العقد متى لم ينفذ على الأمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع ، لأن الشراء إذا لم يجد نفاذا نفذ على العاقد (قوله وإذا مات من له الخيار بطل خياره) بائعا كان أو مشتريا (ولم ينتقل إلى ورثته) وإذا بطل خياره يلزم البيع ، فإن كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع في ملك ورثته ، وإن كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبائع الثمن في التركة إن لم يكن قبضه ، وقيد بمن له الخيار لأنه إذا مات العاقد الذي لا خيار له فالآخر على خياره بالإجماع ، فإن أمضى مضى وإن فسخ انفسخ (وقال الشافعي : يورث عنه) وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة (لأنه) أي الخيار (حق) للإنسان (لازم) حتى إن صاحبه لا يملك إبطاله (فيجوز فيه الإرث كخيار العيب والتعيين) فإنهما يورثان بالاتفاق (ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة فلا يتصور انتقاله) لأنه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك (والإرث فيما) يمكن (فيه الانتقال) وهو الأعيان ، ولفظ مشيئة منصوب على أنه خبر ليس ، وما فيه الشروح من أنه بدل من الخبر وتقديره أن الخيار ليس شيئا إلا مشيئة مبنية على قول ضعيف في العربية من أن يقدر المعلوم غير مفرغ العامل له . ويجعل ما بعد إلا بدله : والمختار أن المفرغ له هو المعلوم ، ففي مقام إلا زيد زيد فاعل ، بخلاف ما قاسوا

بقوله كنى الكناية الاصطلاحية لأرباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد . قال (وإذا مات من له الخيار بطل خياره) إذا مات من له الخيار سواء كان البائع أو المشتري أو غيرهما سقط الخيار ولزم البيع ، بخلاف ما إذا مات من عليه الخيار فإنه باق بالإجماع : وقال الشافعي رحمه الله : إذا مات من له الخيار انتقل الخيار إلى ورثته لأنه حق ثابت لازم في البيع فيجوز فيه الإرث كخيار العيب وكخيار تعيين المبيع بأن اشترى أحد الثوبين على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء . ولنا أن الخيار لا يقبل الانتقال لأنه ليس إلا مشيئة وإرادة وهما عرضان ، والعرض لا يقبل الانتقال ، والإرث فيما يقبل الانتقال لأنه خلافة عن المورث بنقل الأعيان إلى الوارث ، وهذا معقول لامراض له من المنقول فيكون معمولاً به . لا يقال : قال عليه الصلاة والسلام « من ترك مالا أوحقا فلورثته » والخيار حق فيكون لورثته ، لأن المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على مامر ، والخيار ليس كذلك . قيل : المالكية صفة تنتقل من المورث إليه في الأعيان فهلا يكون الخيار كذلك . وأجيب بأن المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمنى . قيل : فليكن خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث إلى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا . وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الأصل عدمه . وكمن من مبيع لا خيار فيه ، بخلاف المملوك فإنه يستلزم مالكية مالك . وفيه نظر فإن الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقه ، والخيار يلزمه : والصواب أن يقال : الغرض الأصلي من نقل الأعيان ملكيتها ، وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك ، فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الأصلي انتقال ما ليس كذلك . فإن قيل : القصاص ينتقل من المورث إلى الوارث بذاته من غير

بمخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليماً فكذلك الوارث ، فأما نفس الخيار لا يورث ، وأما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لأن يورث الخيار .

عليه من خيار العيب لأن الإرث فيه للعين ومن جملته الجزء المستحق ، فإذا دخل في ملكه تمام الأجزاء وبعضها محتبس عند إنسان كأن يختار أن يترك حقه أو يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير أن طلبه لا يمكن شرعاً إلا برّد الكل . وأما خيار التعيين فجعله أصلاً آخر للشافعي لا يصح على أصله لأنه لا يجوز خيار التعيين فكأنه ذكره إلزاماً لنا . وجوابه كذلك أن الموروث هو أحد العينين المخير في تعيينه فينتقل إلى الوارث ذلك ولازمه اختلاط المالكين فصار كما إذا ورث مالا مشتركاً فيثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والإفراز وهو معنى الخيار ، فجاء الخيار لازماً للعين الموروثة في الموضعين ضمناً لا قصداً على وجه الاستقلال ، ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لأن البيع ليس ملزوماً للخيار لينتقل إلى الوارث بما فيه ، على أنه لا يتصور فيما إذا كان الخيار للمشتري فإنه لم يدخل المبيع في ملكه عند أي حنيئة فلا يورث ، ووجهه قوى على ما تقدم ، ويقال : على أصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف إن أردت حقيقته فسلم ، لكن مرادنا بالانتقال أن يثبت للوارث شرعاً ملك خطف ملك الميت أو استحقاقه لأعين ذلك الملك ، والاستحقاق المقيد بالإضافة إلى الميت لأن ذلك غير ممكن . فالوجه في الاستدلال ليس إلا أن يقال : ثبوت ذلك شرعاً في أملاك الأعيان معلوم متفق عليه ، وأما ثبوته عن الشرع في غيرها من الحقوق يتوقف على الدليل السمي ولم يوجد ، ونفي الميرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي ، فإن قالوا : بل قد وجد وهو ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « من ترك مالا أو حقاً فلورثته ، ومن ترك كلاً أو عيلاً فإلى » قلنا : الثابت قوله مالا في الصحيح ، وأما الزيادة الأخرى فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتم به الدليل . وأما الجواب بأن الملك إنما ينتقل في ضمن انتقال العين فيعد أنه في غابة الضعف ، إذ لا معنى لكون الإرث انتقالاً لنفس ذات العين والملك يتبعها بقليل تأمل ، فإن حقيقة انتقالها إنما هو في المكان قال إلى أن المراد انتقال ملكها ليس غير ، ثم بينا أن المراد بقولهم انتقل ملكها بما ينشئ كل ذلك الكلام والمخاورات المكتوبة في بعض الشروح . هذا ويلزمه على تقدير ثبوته أن يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه . ثم نقول : مقتضى النظر أن يتفرع عدم انتقال الخيار إلى الورثة على قول أي حنيئة ، أما على قولهما فينبغي أن يورث فإنهما يثبتان الملك للمشتري بالخيار في العين فينتقل إلى الورثة عين مملوكة له فيها خيار أن يفسخ كما في خيار العيب بعينه ، وفي خيار

تبعية العين فليكن الخيار كذلك . أوجب بأنه ثبت للوارث ابتداء لأنه شرع للتشقي ، وهما في ذلك سيات ، إلا أن المورث متقدم فإذا مات زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت للمورث : أعني التشقي ، والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعقد ولا شرط . لا يقال : البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيه ما ذكرتم لأن كلامنا مع من يقول بالنقل ، وما ذكرنا يدل على انتفاقه ولو التزم ملتزم ما ذكرتم . قلنا : البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد أو في حق الوارث ، والأول مسلم ولا كلام فيه ، والثاني عين النزاع (قوله بمخلاف خيار العيب) جواب عما قاس عليه . وتقريره لانسلم أنه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليماً ، فكذلك الوارث فكان ذلك نقلاً في الأعيان دون الخيار ، وذلك لأن سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لأن ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري بالعقد ، فإذا طالب البائع بالتسليم وعجز عن التسليم ففسخ العقد لأجله ، وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لأنه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء . بمخلاف خيار الشرط

قال (ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز الخيار وأيهما نقض انتقض) وأصل هذا أن اشترط الخيار لغيره جائز استحسانا ، وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر ، لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه ، فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري .

البائع ينتقل الثمن مملوكا لهم (قوله ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره) يعني لغير الذي ليس هو عاقدا وإلا فغيره يصدق على البائع (فأيهما أجاز) من الشارط العاقد أو المشروط له الذي هو غيره (جاز ، وأيهما نقض) البيع (انتقض) فلفظ من مبتدأ والجملة الشرطية وهى أيهما أجاز خبره ، وإذا تضمن المبتدأ معنى الشرط جاز دخول القاء في خبره نحو الذي يأتي في قوله درهم (وأصل هذا) أى لجواز اشتراطه لغير العاقد (أن جوازه استحسان . وفي القياس : لا يجوز وهو قول زفر) وقول الشافعي ، وبقولنا قال مالك وأحمد وهو الأصح من مذهب الشافعي ، إلا أن في ثبوته للعاقد منع ذلك الغير وجهين : في وجه يثبت لهما ، وفي وجه يثبت للغير وحده . وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان : في وجه يفسخ البيع ، وفي وجه يصح البيع ويبطل الشرط . وجه (قول زفر أن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري) واشترط ملك المبيع لغير المشتري ، واشترط تسليم الثمن أو المبيع على غير العاقدين ، ولأن هذا تعليق انفساخ البيع وانبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك ، وقياسا على خيار الرؤية والعيب : وجه الاستحسان أن الحاجة قد تمس إلى اشتراطه للغير لأن شرعيته لاستخلاص الرأي ، وقد يكون الإنسان يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير غير واثق بها في ذلك بل بغيره ممن يعلم حزمه وجودة رأيه ومعرفته بالقيم وأحوال البياعات ، فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه ، وأجنبيته عن العقد إنما تمنع إن سلمنا صحة مانعته لو أجزأه أصلا مستقلا ، لكننا

فإن السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث ، وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت ، لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فثبت له خيار التعيين ، وكمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين ، وهذا الخيار غير ذلك الخيار ؛ ألا ترى أن المورث كان له أن يفسخ قوله لو كان خياره موثقا ، والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت . قال (ومن اشترى وشرط الخيار لغيره) تقرير كلامه : ومن اشترى وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فأيهما أجاز جاز : يعني من المشتري وذلك الغير على المحذوف ، واشترط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر ، لأن الخيار إذا شرط في العقد صار حقا من حقوقه واجبا من واجباته بمقتضى الشرط المسوغ شرعا ، وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري أو اشتراط تسليمه على غيره أو اشتراط الملك لغيره ، لكن العلماء الثلاثة استحسنا جوازه لأن الحاجة قد تدعو إلى اشتراط الخيار للأجنبي لكونه أعرف بالمبيع أو بالعقد فصار كالاحتياج إلى نفس الخيار ، وطريق ذلك أن يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء ، إذ لا وجه لإثباته للغير أصالة فيجعل كأنه شرطه لنفسه وجعل الأجنبي نائباً عنه في التصرف تصحيحا له بقدر الإمكان . وفيه بحث من وجهين : أحدهما : أن شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضى ، ألا ترى أن من قال لعبد له حنث في يمينه كفر عن يمينك بالمسال لا يكون ذلك تحريرا اقتضاء لأن

(قوله حذفه لدلالة قوله الخ) أقول : ويجوز أن يكون قوله فأيهما أجاز جاز خبرا بالتأويل المشهور في وقوع الإنشاء خبرا وهو تقرير القول (قال المصنف : لأن الخيار من مواجب العقد) أقول : فيه بحث (قوله واجبا من واجباته) أقول : فيه بحث ، والظاهر أن يحمل الكلام على التشبيه والمبالغة فيه : أى كقبض مواجب العقد . (قوله تصحيحا له بقدر الإمكان) أقول : وهذا وجه ثبوت اقتضاء .

ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقبل الخيار له اقتضاء تم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه، وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار، فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض (ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق) لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره، ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى. وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه.

لم نعتبره إلا تبعاً لثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصحيحاً لتصرفه فيثبت لهما. واستشكل باستلزامه ثبوت ما هو الأصل بطريق الاقتضاء، والثابت به إنما هو يكون تبعاً قلنا: الملازمة ممنوعة لأن المراد التبعية، والأصل بالنسبة إلى ما هو المقصود أولاً وبالذات لا بالنسبة إلى الوجود، فالمقصود بالذات في قوله أعتق عبدك عنى بألف إنما هو العتق، فكان التملك مقصوداً لغيره تبعاً لقصد له ليصح العتق عنه، وإن كان أصلاً بالنسبة إلى الوجود فكذلك هنا المقصود أولاً وبالذات ليس إلا الاشتراط للأجنبي لأنه هو الذي يحصل به مقصود العاقد بالفرض، فكان ثبوته للعاقد تبعاً للمقصود ليصح المقصود به، فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقفاً على ما هو الأصل في الاقتضاء. هذا هو التحقيق إن شاء الله تعالى، ولا حاجة في جوابه إلى تكلف زائد. فإن قيل: فلم لم يجر اشتراط الثمن على الأجنبي وثبت كفالته. اقتضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء؟ أجيب بأن الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين على الكفيل، فلو ثبتت الكفالة اقتضاء لاشتراطه على الأجنبي أبطلت المقتضى وهو اشتراطه فإنه إنما يعنى به ثبوته على المشتري عليه ما هو ثابت على العاقد. نعم لو كفله كفلاً لصريحة بالثمن الدين صح (وعند ذلك) أي صيرورة الخيار لهما (يكون لكل منهما الخيار، فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض) البيع (انتقض) ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره، ولو خرج الكلامان معا يعتبر تصرف العاقد في رواية) كتاب البيوع نقض أو أجاز (والتصرف) الذي هو (الفسخ في أخرى) هي رواية كتاب المأذون سواء كان من العاقد أو وكيله الأجنبي (وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه)

التحرير أقوى من تصرف التكفير لكونه أصلاً فلا يثبت تبعاً لفرعه، ولا خفاء أن العاقد أعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء. والثاني أن اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحاً لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أولاً ثم على الغير كفالة عنه كذلك. وأجيب عن الأول بأن الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الأصل نظراً إلى الخيار والعاقد أصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الأصل بتبعية فرعه. وأما التحرير فإنه الأصل في وجوب الكفارة المسالية فلا يثبت تبعاً لفرعه. وعن الثاني بأن الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة، والمذكور هاهنا هو الثمن على الأجنبي وثبوت المقتضى لتصحيح المقتضى، ولو صححت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلاً للمقتضى وعاد على موضوعه بالتقضى. فإن قيل: فليكن بطريق الحوالة فإن فيها المطالبة بالدين. فالجواب أن المشتري أصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز أن يكون تابعاً لفرعه وهو المحال عليه (وإذا ثبت الخيار لكل واحد منهما فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض) ولو اختلف فعلهما في الإجازة والنقض اعتبر السابق لعدم ما يزاحمه (ولو خرج الكلامان معا اختلفت الرواية) في رواية يبيع الميسوط (يعتبر تصرف العاقد) فسحاً كان أو إجازة (و) في رواية مادون الميسوط يعتبر (تصرف الفسخ) سواء كان من العاقد أو من غيره (وجه) القول (الأول أن تصرف العاقد أقوى

(قوله والثاني أن اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحاً لجاز اشتراط الخ) أقول: في ظاهر عبارته تناقض، بياض أنه جعل الخيار ثابتاً للعاقدين اقتضاء، ثم جعل اشتراط الخيار للغير اقتضاء. ودفع التناقض أن النيابة تثبت اقتضاء وإن كان شرط الخيار يثبت بصريح اللفظ للغير، وأما اشتراط الخيار للعاقد فيثبت اقتضاء لأنه لم يثبت صريحاً فتأمل ذلك (قوله فالجواب أن المشتري أصل الخ)

وجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة ، ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف . وقيل الأول قول محمد والثاني قول أبي يوسف ، واستخرج ذلك بما إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا ؛ فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل ، وأبو يوسف يعتبرهما ؛

والتصرف الصادر عن أصالة أقوى من التصرف الصادر عن نيابة ؛ واستشكل بما إذا وكل رجلا آخر بطلاق امرأته فطلقها معا فالواقع طلاق أحدهما لاطلاق الموكل عينا ، ولو كان المرجح الأصيل تعين طلاقه . أوجب بأن الوكيل في الطلاق سفير كالوكيل في النكاح فكانت عبارته عبارته فالصادر من كل منهما عين الصادر من الآخر (وجه الثاني أن) لا ترجيح بكونه أصيلا أو وكيلا لأن الوكيل بعد ما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاستويا ثم يترجح بنفس التصرف ، و (الفسخ أقوى) لأنه يلحق المجاز فيبطله والإجازة لا تلحق المفسوخ فتبرمه . قال شمس الأئمة الصنحجي ما ذكر في المأذون ثم قالوا (الأول قول محمد والثاني قول أبي يوسف ، واستخرج) هذا الترجيح من مسألة اختلفا فيها هي ما إذا وكل غيره ببيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر ؛ فمحمد جعل البيع ممن باع منه الموكل ترجيحاً لتصرفه للأصالة (وأبو يوسف يعتبرهما) على السواء فيجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما لتفرق الصفقة وعيب الشركة . وقيل عند محمد يصح في النصف

والأقوى : يقدم على غيره ، وفقه ذلك أن تصرف النائب إنما يحتاج إليه عند انتهاء تصرف المتوب ، وأما عند وجوده فلا احتياج إليه . واستشكل بما إذا وكل رجلا آخر بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معا فإن الواقع طلاق أحدهما لا بعينه . وأوجب بأن الترجيح يحتاج إليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والإجازة ، وأما إذا اتحدا فال المطلوب حاصل بدونه فلا حاجة إليه . و (وجه) القول (الثاني أن الفسخ أولى لأن المجاز يلحقه الفسخ) كما لو أجاز والمبيع هلك عند البائع (والمفسوخ لا تلحقه الإجازة) فإن العقد إذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه الإجازة ، ولا خفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك ، ونوقض بما إذا لاقى من له الخيار غيره فتناقضا المبيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع بحكم الإقالة فإن على المشتري الثمن إن كان الخيار له والقيمة إن كان للبائع فكان ذلك فسحا للفسخ وهو إجازة للمفسوخ . وأوجب بأن الكلام في أن الإجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكرتم فسح لا إجازة (وقيل الأول قول محمد ، والثاني قول أبي يوسف) في المبسوط . وقيل والثاني أصح ، ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف إشارة إلى ذلك : يعني لما كان كل منهما أصلا في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والأجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الأمر من حيث التصرف فرجحنا من حيث حال التصرف . لا يقال : الفسخ والإجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لأن جهة تملك العقد عارضته في ذلك (قوله واستخرج ذلك) يعني أن المنسوب إليهما ليس بمقول عنهما (و) إنما (استخرج بما إذا باع الوكيل من أحد والموكل من غيره معا ؛ فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل ، وأبو يوسف يعتبر تصرفهما) ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من الشريكين ، إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن ، وإن شاء نقض البيع . ووجه الاستخراج أن تصرف الفاسخ أقوى عند أبي يوسف من هذه المسئلة أنه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد ، فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر أثر ذلك في مسألة بيع الموكل

أقول : فيه بحث ، لأنه لم لا يجوز أن يقال هنا أيضا الاعتبار للمقاصد والغیر هو مقصود البائع بمطالبة الثمن ، وجوابه أن الثمن على المشتري بحسب وضع الشرح .

قال (ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد ، وإن باع كل واحد منهما بخمسائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع) والمسئلة على أربعة أوجه : أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لأن الذي فيه الخيار كالحارج عن العقد ، إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم . والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب ، وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم ،

وينفسخ في النصف : أي فيما إذا شرط الخيار لغيره لكن يتخير صاحبه لتفريق الصفقة عليه (قوله ومن باع عبدين بألف على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد الخ ، والمسئلة على أربعة أوجه) في ثلاثة البيع فاسد ، وفي واحدة صحيح (أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار) وهي المذكورة في الجامع الصغير ، ويمكن أن يكون هو المراد بالكتاب . في قوله (وهو الوجه الأول) المذكور (في الكتاب) والأظهر أنه يريد به البداية لأن الهداية شرحها (وفسادها لجهالة المبيع والثمن) جميعا ، وذلك أن الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع ، والبيع إنما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ، ثم ثمن المبيع مجهول لأن الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالأجزاء . وثانيها وهو الوجه الجائز أن يعين كلا بأن يقول بعثك كل واحد من هذين بخمسمائة على أني بالخيار في هذا لانتفاء المفسد من جهالة أحد الأمرين . فإن قيل : إن انتفى مفسد الجهالة فقد يتحقق مفسد آخر وهو أنه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار ، وهو غير داخل في الحكم شرطا لانعقاده في الذي ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جمع بين حرّ وعبد ، وحيث لا يجوز البيع في العبد أجاب عنه المصنف

والوكيل يكون العبد بين المشتريين بالنصف ، فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك لمالكه والرجحان ثابت هنا لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا أنه وارد على الإجازة لأعلى العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ لأنه لا معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا به ، كذا في النهاية . وهو كلام لاوضح فيه لأن عدم رجحان تصرف المالك لمالكه هناك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه ، نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الإجازة لأعلى وجه الاستخراج ، ولعل الأوضح في وجه ذلك أن يقال : الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الأجنبي من العاقد هاهنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية من غيره فيترجح تصرف العاقد من محمد كترجح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من أبي يوسف ، واعتبارهما يدل على أنه لا ينظر إلى أحوال المتصرفين لتساويهما فيه فبقى النظر في حال التصرف نفسه ، والفسخ أقوى لما ذكرنا قال (ومن باع عبدين بألف) هذه المسئلة على أربعة أوجه لأن فيها تفصيل الثمن وتعيين من فيه الخيار : فلما أن لا يحصل أو حصلا جميعا ، أو حصل التفصيل دون التعيين ، أو العكس من ذلك . فإن كان الأول بأن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالة أحدهما مفسدة فجهالهما أولى ، وذلك لأن الذي فيه الخيار كالحارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد أحدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله . وإن كان الثاني وهو أن يبيع كل واحد منهما

(قوله لأن عدم رجحان تصرف المالك) أقول : حاصله أنه لا يدخل لعدم ثبوت الرجحان هناك لتصرف المالك في ترتيب قوله رجحناه ، وكلمة لما تدل على الترتيب (قوله لأن فيها تفصيل الثمن الخ) أقول : والسبب فرع تصور الإيجاب (قوله فكان الداخل في العقد) أقول : أي فخلص الحكم .

وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مكسد للعقد لكونه محلاً للبيع كما إذا جمع بين قنّ ومدير . والثالث أن يفصل ولا يعين . والرابع أن يعين ولا يفصل ، فالعقد فاسد في الوجهين : إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن .

بعد الإشارة إلى السؤال بقوله (وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه) أي من فيه الخيار (محلاً للبيع) فهو (كما لو جمع بين قنّ ومدير) وباعهما بألف حيث يتخذ البيع في القن بحصته وإن كان قبول العقد في المدير شرطاً فيه وذلك لدخول المدير في البيع لمحلته له في الجملة ولهذا لو قضى القاضي بمجواز بيعه جاز فكان القبول شرطاً صحيحاً ، بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحرّ والعبد ، لأن الحر ليس بمال أصلاً فلا يدخل في البيع بمال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد ، وفي الجمع بين القن والمدير في البيع خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى في آخر البيع الفاسد : وثالثها يفصل ولم يعين الذي فيه الخيار كأن يقول البائع بعثك كل واحد من هذين بخمسمائة على أني بالخيار في أحدهما ففساده لجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار . ورابعها أن يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن وهو أن يقول بعثك هذين بألف على أني بالخيار في هذا ، والفساد فيه لجهالة الثمن لأن المبيع وإن كان معلوماً بتعين من فيه الخيار إلا أن ثمنه مجهول لما قلنا إن الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية . فإن قلت : ما الفرق بين الذي لم يعين فيه الثمن وبين ما إذا جمع بين عبدتين في البيع بثمن واحد فإذا أحدهما مدير أو مكاتب أو جاريتين فإذا أحدهما أم ولد حيث يصح البيع في القن بحصته من جملة الثمن مع أن ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا يصح في المسئلة المذكورة في الكتاب بالحصصة ؟ أجب بأن من مشايخنا من لم يشتغل بالفرق وقال : قياس ما ذكر هنا أن لا يجوز العقد في تلك المسائل في القن ويصير ما ذكر هنا رواية في تلك المسائل . ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو أن المانع من حكم العقد هنا مقترن بالعقد لفظاً ومعنى ،

بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع لأن كل واحد من المبيع والثمن معلوم . فإن قيل : العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهو شرط مفسد كقبول الحرّ في عقد القن إذا جمع بينهما في البيع . أجب المصنف بأن ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلاً للبيع فكان داخلًا في العقد وإن لم يدخل في الحكم ، فصار كما إذا جمع بين قنّ ومدير في البيع ، فإن المدير محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسداً للعقد في الآخر ، بخلاف ما إذا جمع بين حرّ وقنّ فإن الحرّ ليس بمحل للبيع أصلاً فلم يكن داخلًا في العقد ولا في الحكم . ولقائل أن يقول : في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسداً . والجواب أنه ليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسداً . وله لظنة فضل تأمل منك فاحتط . وإن كان الثالث مثل أن يقول بعثهما بألف كل واحد منهما بخمسمائة على أني بالخيار في أحدهما فالبيع فاسد أيضاً لجهالة المبيع . وإن كان الرابع فلجهالة الثمن . فإن قيل : لو كان عدم التفصيل مفسداً للعقد في الآخر لفسد في القنّ إذا جمع بينه وبين المدير أو أم الولد ولم يفصل الثمن . أجب بأن عدم التفصيل مفسد إذا أدى إلى البيع بالحصصة ابتداءً فيما إذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فإنه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعلوم ، فلو انعقد في حق الآخر انعقد بالحصصة ابتداءً وهي مجهولة ، وليس فيما إذا جمع بين القنّ والمدير ما يمنع عن انعقاده

(قوله وأنه لظنة فضل تأمل منك فاحتط) أقول : وجه التأمل أن شرط الخيار فيه نفع لمن له الخيار حيث يترى في الجواب أن شرط الخيار لما كان مجوزاً شرعاً على خلاف القياس غير مفسد للعقد لم يسر منه فساد إلى الآخر فتأمل .

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز ، وكذا الثلاثة، فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع ، وهو قول زفر والشافعي . وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق ، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتره لأجله ،

فأثر الفساد لأن شرط الخيار يمنع الانعقاد في المشروط فيه فيكون كالمعدوم فلم ينعقد فيه ابتداء فينعقد في الآخر بالحصة ابتداء ، بخلاف تلك المسائل فإن المانع مقترن فيها معنى لا لفظا فيدخل المدير ومن معه في البيع لما ذكرنا من محلهم في الجملة ، ثم يخرجون بناء على استحقاقهم أنفسهم حكما شرعيا لم يتصل به حكم قاض يسقطه . وعلى ما ذكر هنا يتفرع ما في فتاوى قاضيخان : باع عبيدين على أنه بالخيار فيهما وقبضهما المشتري ثم مات أحدهما لا يجوز البيع في الباقي وإن تراضيا على إجازته لأن الإجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصة ؛ ولو قال البائع في هذه المسئلة نقضت البيع في هذا أو في أحدهما كان لغوا كأنه لم يتكلم وخياره فيهما باق ، كما كان ، كما لو باع عبدا واحدا أو شرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه (قوله ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ الخ) المراد أن يشتري أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أيهما شاء ، وهذا خيار التعيين : يعني أي الثوبين أو الثلاثة شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيما يعينه بعد تعيينه للمبيع . أما إذا قال بعثك عبدا من هذين بمائة ولم يذكر قوله على أنك بالخيار في أيهما شئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعثك عبدا من عبيدي وإن اشترى أحد أربعة لا يجوز (والقياس أن يفسد البيع في الكل) في أحد الاثنين والثلاثة كما يفسد في الأربعة (وهو) أي القياس (قول زفر والشافعي رحمهما الله . وجه الاستحسان أن شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة إلى رفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق ، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأن الإنسان) قد (يحتاج إلى رأى غيره) في اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحيث يحضر لعلوه أو لتحججها خصوصا إذا كانت أهله لا ينبغي له أن يتركها تلج

في حق الحكم ، ولهذا أو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن في البقاء صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدير وأم الولد لا ابتداء بالحصة . قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء) ومن قال اشترى أحد هذين الثوبين على أن لي أن آخذ أيهما شئت بعشرة دراهم إلى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا ، وكذا الأثواب الثلاثة ، وأما إذا كانت الأثواب أربعة فالبيع فاسد ، والقياس أن يفسد البيع في الاثنين والثلاثة فسادا في الأربعة لأن المبيع أجد الأثواب غير معين فهو مجهول جهالة مفضية إلى النزاع لتفاوتها في نفسها ، وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله . وجه الاستحسان أنه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط فجاء إلحاقا به ، وبيان ذلك أن شرع خيار الشرط للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأوفق له والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة، لأنه ربما (يحتاج إلى اختيار من يثق به) لخبرته أو اختيار من يشتره لأجله

(قوله بعشرة دراهم إلى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا) أقول : فيه أنه ينبغي أن يزيد قوله ولي الخيار كما فعله المصنف ، فإن المفهوم من كلامه توقيت خيار التعيين ، إلا أنه غيره إلى هذا إشارة إلى وجوب توقيت خيار التعيين إذا انفرد عن خيار الشرط كما سيأتي . (قوله فهو مجهول جهالة مفضية الخ) أقول : لو كان منع الجهالة لإفضائها إلى المنازعة فقط لم يحتج بجواز البيع في الأربعة إلى مخصص إذ ليس فيه ، هذه الجهالة ، فالأولى أن لا يقيدها بالجهالة به كما فعله المصنف وغيره . (قوله أو اختيار من يشتره لأجله

ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع ، غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردىء فيها ، والجهالة لاتفضي إلى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار ، وكذا في الأربع ، إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما . ثم قيل : يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير . وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير ، فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لشرطا ، وإذا لم يذكر خيار الشرط لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة أيها كانت عندهما .

الأسواق وتمازس الرجال لشراء حاجتها فيحتاج أن يدفع إليه العدد من ذلك النوع ليختار الأوفق (ولا يمكنه البائع من حمله إليه إلا مبيعا فكان في معنى ما ورد به النص) فيجوز (غير أن الحاجة تندفع بالثلاث لتحقق الجيد والردىء والوسط فيها) فيندفع بحمل واحد من كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة في الزائد لأن شرع الرخصة للحاجة . وقول المصنف (والجهالة لاتفضي إلى المنازعة) جواب عن تعليل زفر والشافعي بها ، وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو غائبا ظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لأن البائع لا حاجة له إلى اختيار الأوفق والأرفق ، لأن المبيع كان معه قبل البيع وهو أدري بما لاعمه منه فيرد جانب البائع إلى القياس ، فلهذا نص في المجرد على أنه لا يجوز في جانب البائع . وذكر الكرخي أنه يجوز استحسانا لأنه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط ، وأنت عرفت الفرق . ثم اختلف المشايخ في أنه هل من شرط جواز هذا البيع أعنى البيع الذي فيه خيار التعيين أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في الصورة . قيل نعم كما (هو المذكور في الجامع الصغير) تصويرا على ما ذكرناه ، ونسبه قاضيخان إلى أكثر المشايخ : وقال شمس الأئمة في جامعه هو الصحيح (وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير) وغيره ، والمذكور في الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لاقيدا ، وصححه

كامرأته وبنته (والبائع لا يمكنه من الحمل إليه إلا بالبيع) فكان باعتبار الحاجة (في معنى ما ورد به الشرع) ولا نسلم أن (الجهالة تفضي إلى المنازعة) لأنه لما اشترط الخيار لنفسه استبعد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي إلى المنازعة ، فأما عدم المنازعة فإنه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الأثواب ثلاثة أو أكثر . وأما الحاجة فإنما تتحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والردىء فيه ، والزائد يقع مكررا غير محتاج إليه فانتفى عنه جزء العلة ، والحكم لا يثبت إلا بتمام علته . واعلم أن محمدا رحمه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة أيام . وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك . وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه ؛ فقال أكثرهم : لا يصح العقد مالم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلاثة أيام فما دونها عند أبي حنيفة ، وزيادة على ذلك في قولهما ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي . وقال بعضهم : يصح العقد وإن لم يذكر الزيادة ، وذكرها فيما ذكر كان اتفاقا لاقيدا وهو اختيار فخر الإسلام . حجة الأولين أن جوازه بطريق الإلحاق بموضع السنة فلا يصح بدونه ، وفيه نظر لأن عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس

كامرأته وبنته ، والبائع لا يمكنه من الحمل إليه (أقول : ضمير إليه راجع إلى من في قوله من يشتره (قوله وإن لم يذكر الزيادة) أقول : يعني قوله ول خيار إلى ثلاثة أيام (قال المصنف : وهو المذكور في الجامع الصغير) أقول : لم لا يجوز أن يكون المذكور في الجامع الصغير هو الخيار المعهود لأختيار التعيين (قوله وفيه نظر الخ) أقول : ولك أن تقول : مراد الأولين من اشتراط الخيار لنفسه وقتا معلوما اشتراط خيار التعيين لأختيار الشرط على ما قرره العلامة الزيلعي في شرح الكنز فلا يرد النظر إذ يعود الضمير على هذا إلى خيار التعيين .

ثم ذكر في بعض النسخ : اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة ، والأول تجوز واستعارة .

فخر الإسلام فقال : الصحيح عندنا أنه ليس بشرط ، وهو قول ابن شجاع . وجه الاشتراط وهو قول الكرخي أن القياس يأبي جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد ، وإنما جاز استحسانا بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ، ولا يخفى ضعف هذا الكلام فإنه يقتضي أن شرط الإلحاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة الملاحقة للصورة الثابتة بالعبرة ، وكان يلزم أن لا يصح البيع بخيار النقد إلا في بيع فيه خيار الشرط ، لأن صحة البيع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط ، ولا يعلم اشتراط ذلك غير أنهما إن تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه ، وهو جواز أن يردّ كلا من الثوبين إلى ثلاثة أيام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع ، لأن حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار أنه عين المبيع الذي فيه الخيار لا أنه يسقط خياره . ولورد أحدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع في الآخر بشرط الخيار ، ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع في أحدهما وعليه أن يعين ، ولو مات المشتري قبل الثلاثة تم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين لأن خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل إلى الوارث لتمييز ملكه من ملك غيره على ما ذكرنا ، ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كما ذكره المصنف لأنه صار بمنزلة الشريك المختلط ماله بمال غيره ، فما لم يطلب شريكه القسمة لم يتعين عليه ولا يفوت وقته ، وإن لم يراضيا على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة كما في خيار الشرط لأنه أصله ، وعندهما أي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة ، وعلى هذا يجب أنه إذا كان فيه خيار الشرط فضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت ، وحينئذ فإطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط موقت بالثلاث في قوله غير موقت بها عندهما وخيار التمييز غير موقت فيه نظر ، وقد طوّل بالفرق على قول أبي يوسف حيث قصر المدة

بشرط في الإلحاق ، كما أن القضاء والكفارة يحتاجان إلى الأكل والشرب عامدا في رمضان من جماع مع أن النص إنما ورد به . وحجة الآخرين أن خيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ، ومعناه أن العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيت على الأيام الثلاثة : وأما إذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه ، وهذا لأن الحال لا يخلو إما أن يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين أولا ، فإن لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وبمدة معلومة أي مدة كانت عندهما كما في الملحق به . فإن قيل : ينبغي أن لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلاثة عند أبي يوسف لأنه أخذ بالقياس في قوله إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام فلا بيع بينهما . أجيب بأن قوله إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الأثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه ، بخلاف خيار التعيين فإنه من جنس خيار الشرط لأن في كل منهما خيارا بغير

(قوله وحجة الآخرين ، إلى قوله : ومعناه أن العقد الخ) أقول : كما لو ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاف ، كذا في اللخيرة والمحيط البرهاني ، وهذا هو الوجه . وأما ما ذكره الشارح فخلله بين ، فإن التوقيت المذكور فيما اجتمع فيه الخياران توقيت لهما ، ولهذا استدل على وجوب التوقيت في خيار التعيين بمبارة محمد في الجامع الصغير على ما فصل في المحيط واللخيرة ، فيجبر على التعيين بعد مضي الأيام الثلاثة ، وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما إذا لم يذكر خيار الشرط معه ومضت مدته بلا فرق فتأمل . ثم أقول : حصل كلام الشارح أنه يبقى خيار التعيين بعد انقضاء مدة خيار الشرط إذا كان مجامعا له على ما كان قبله إذا لم يمين المشتري أحدهما ، فظهر أنه ينفك عن خيار الشرط فليتأمل (قال المصنف : والأول تجوز واستعارة) أقول : ويجوز أن يكون على حذف المضاف والقريظة القرينة .

ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بشمته وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب ، ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما .

على الثلاث في خيار النقد أخذًا بالقياس ولم يقصر في خيار التعيين عليها ، أوجب بأن في خيار النقد تعليقًا صريحًا بأداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط واردا فيه بخلاف خيار التعيين ليس في صريح التعليق فكان في معناه ، وهذا يوجب أن أخذه في خيار النقد في الثلاثة بأثر لابن عمر فيه ، ونفي الزائد بالقياس . وأثر ابن عمر نقله الفقيه أبو الليث في شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن البرصاء قال : بعث من عبد الله بن عمر جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا ، فأجاز ابن عمر هذا البيع . ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه ، إلا أنه لا يطابق قول المصنف في مسألة خيار النقد فيما تقدم ؛ فأبو يوسف رحمه الله أخذ في الأصل بالأثر وفي هذا بالقياس (قوله ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بشمته وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب) علله المصنف بامتناع الرد بالتعيب فيعرف منه أن هذا إذا كان بعد أن قبضه لامتناع رده بسبب العيب الذي حدث فيه عنده وتقدم أن الهلاك لا يعرئ عن مقدمة عيب . فلو هلك الآخر بعده هلك بغير شيء لأنه تعين أنه أمانة ، أما لو هلك أحدهما قبل القبض أو تعيب فلا يبطل البيع ، والمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بشمته وإن شاء ترك ، ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع (ولو هلكا معا) بعد القبض (لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة) فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر ، وكذا إذا هلكا على التعاقب ولم يذر السابق منهما . وأثر هذا إنما يظهر إذا كان ثمنهما متفاوت الكمية ، فإن كانا متفقين فلا . وكذا إذا هلكا على التعاقب فاختلفا في المالك أو لا فادعى البائع أنه أكثرهما ثمنًا وقال المشتري الأقل فإن القول قول المشتري مع يمينه على ما استقر عليه قول أبي يوسف ومحمد : وكان أبو يوسف يقول أولا يتحالفان فأيهما نكل لزمه دعوى الآخر ، وإن حلفا يجعل كأنهما هلكا معا ، ثم رجع إلى ما ذكرنا من قول محمد وأيهما بين قبل ، فإن أقامها قضى ببينة البائع لإثباتها الزيادة ، ولو تعيبا معا بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك أيهما شاء بشمته ويرد الآخر ، ولا يغرم من قيمة عيب المردود شيئًا استحسانا

حرف التعليق ، فكان الأثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه (ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بشمته وتعين الآخر للأمانة) حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء ، وهذا لأن العيب ممتنع الرد لأن رده إنما يكون إذا لم يتعين مبيعًا وهو في دعواه ذلك منهم فكان التعيب اختيارًا دلالة . فإن قيل : قبض الآخر لا يكون أقل من المقبوض على سوم الشراء وهنا تجب القيمة عند الهلاك . أجب بأنه أقل من ذلك لأن المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع ، وهذا ليس كذلك لأنه لم يقبض الآخر لشرائه وقد قبضه بإذن المالك فكان أمانة . فإن قيل : كيف انعكس حكم المسئلة فيما إذا طلق الرجل إحدى امرأته أو أعتق أحد عبديه فماتت إحداهما فإن الباقية تتعين للطلاق دون المالكة ، وكذلك في العتاق . أجب بأن المرأة إذا أشرفت على الهلاك خرجت عن محلة وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك ، والثوب إذا أشرف عليه خرج عن محلة الرد لتعيبه فتعين لكونه مبيعًا ، ولو هلكا جميعا معا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لعدم أولوية أحدهما لكونه مبيعًا فشاع البيع

(قوله فكان التعيب اختيارًا دلالة) أقول : فيه بحث (قوله لأنه لم يقبض الآخر لشرائه الخ) أقول : أي ليستديم اشتراؤه ، فإن مقصوده استدامة اشتراؤه أحدهما ، وقد تعين ذلك الأخذ بالتعيب في الآخر أمانة) أقول : أجب بأن المرأة إذا أشرفت على الهلاك خرجت عن محلة وقوع الطلاق . أقول : فيه تأمل ، فإن خروجها عن محلة وقوع الطلاق بالإشراف على الهلاك غير مسلم .

ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعا . ولومات من له الخيار فلوارته أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط ، ولهذا لا يتوقف في حق الوارث . وأما خيار الشرط لايورث وقد ذكرناه من قبل ٥

لأن المعيب محل لابتداء البيع أيضا ، بخلاف المالك ليس محلا لابتدائه فليس محلا لتعيينه ، ولو كان البيع فامسدا فقبضهما فأحدهما مضمون عايه بالقيمة والآخر أمانة ، ولو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما ، بخلاف البيع الصحيح فإنه يضمن نصف ثمن كل . فإن قيل : من أين يتعين المعيب للبيع دون الأمانة وأحدهما لأعلى التعيين مبيع كما أن أحدهما لأعلى التعيين أمانة وامتناع الرد للمعيب المعلن به فرع اعتبار أنه هو المبيع وفيه التحكم . إذ اعتبار أنه المبيع ليس بأولى من اعتباره الأمانة . أجيب بأن اعتباره المبيع عمل بالدليل الحادث وهو البيع فإنه سبب لإيجاب الضمان ، ذكره القاضي عبد الغنى في مختلفاته . وأما عدم الضمان على الأمين فباستصحاب الحال ، فإن قيل : لم لم يضمن الآخر إذا هلك ثانيا باعتبار أنه مقبوض على سوم الشراء؟ الجواب بمنع أنه كذلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة الشراء لأحدهما ، وليس هنا شيء على سوم الشراء لأن ما على سوم الشراء لا ينجز فيه عقد بل تعين الثمن فقط وهنا تنجز تمام العقد فلزم بالضرورة أن قبض العينين على أن أحدهما غير عين مبيعا وأحدهما غير عين أمانة ، فإذا فرض وجود ما يعين المبيع منهما من الأسباب تعين الآخر للأمانة . فإن قيل : لأي شيء انعكس حكم طلاق إحدى الزوجتين وعق أحد العبدین هنا حيث يتعين للطلاق والعناق الباقي لا المالك وهنا يتعين المالك للمبيع ؟ أجاب على القمى بأنه لا فرق في الحاصل لأن المالك يهلك على ملكه في المسائل كلها ، غير أنه إذا هلك كل من الزوجة والعبد على ملكه تعين الباقي بالضرورة للطلاق والعناق ، فإذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقي للأمانة ، وأنت تعلم أن حقيقة السؤال أنه لأي شيء جعل المالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقي ، وهناك جعل المحل للتصرف الباقي دون المالك مع أن التصرف في الكل في الأحاد الدائر بين المعينات ، فلا بد من الفرق وهو أن العبد هنا لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلا للرد بالوجه الذي قلناه من الاختلافات فتعين العقد فيه بتعين الباقي للضرورة ، وحين أشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرج عن كونهما محلا للطلاق والعناق وهو التصرف فتعين الباقي لهما ضرورة ، وهذا بخلاف ما إذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام .

والأمانة فيهما . وأما إذا ذكر خيار الشرط ، فثبت له خيار الشرط ، وخيار التعيين لا يتوقف على الأيام فله أن يردهما بخيار الشرط في الأيام الثلاثة لأنه أمين في أحدهما فيرده بحكم الأمانة ، وفي الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده ، فإذا مضت الأيام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين فيرد أحدهما ، وإن اختار أحدهما لزمه ثمنه لأنه عين المبيع فيه ولزمه وكان في الآخر أمينا ، فإن ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن . ولومات المشترى في الأيام الثلاثة بطل خيار الشرط ، وبقي للوارث خيار التعيين فله أن يرد أحدهما ، أما بطلان خيار الشرط فلما تقدم من أنه لا يورث ، وأما بقاء خيار التعيين فلاختلاط ملكه بملك الغير . فإن قيل : هل لعموم قوله من له الخيار فائدة ؟ قلت : كأنه إشارة إلى أن خيار التعيين قد يكون للبائع ، فإن الكرخى ذكر في مختصره أنه يجوز استحسانا . قالوا : وإليه أشار محمد في المأذون لأن هذا بيع يجوز مع خيار المشترى فيجوز مع خيار البيع قياسا

(قوله وأما إذا ذكر خيار الشرط) أقول : مطوف على ما تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميننا ، وهو قوله فإن لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث (قال المصنف : لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط) أقول : ينى للاختلاط ، ولهذا لا يتوقف في حق الوارث الخ ، فقوله ولهذا يصح كون الباقي خيار التعيين الذى شرطه من له الخيار ، بل خيار ابتداء كما سبق ، ولهذا لا يتوقف . وهذا ظاهر القائلين فلا وجه لما قاله الإقناني .

قال (ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى يجنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لأنه ماثبث إلا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدانة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتا، وهذا التقرير يحتاج إليه المذهب أبي حنيفة خاصة .

فهلك أحدهما فإنه يتمتع عليه رد الآخر ، لأن العقد تناولهما جميعا حتى ملك إتمام العقد فيهما ، فإذا تعذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام ، وهنا العقد إنما يتناول أحدهما حتى لا يملك إتمام العقد فيهما (قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر عندهما (فبيعت دار إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) بالبيع فيسقط خياره ، واستفدنا من هذا أن من اشترى دارا بالخيار له أن يشفع بها فيما يباع يجنبها لأن له الإجازة والرضا والشفعة بها رضا بها لأنها تدل على اختياره للملك فيما يشفع به (لأنه) أى الثبأن (ما ثبتت) الشفعة (إلا لدفع ضرر الجوار وذلك) أى ضرر الجوار يحصل (باستدانة) الملك فحيث شفع دل على أنه مستقيم للملك (فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتا ، وهذا التقرير يحتاج إليه المذهب أبي حنيفة خاصة) لأنه القائل بأن المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل

على خيار الشرط . وذكر في المرد أنه لا يجوز لأن هذا البيع مع خيار المشتري إنما يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق بحضرة من يقع الشراء له ، وهذا المعنى لا يتأق في جانب البائع لأنه لا حاجة له إلى اختيار الأرفق ، إذ المبيع كان معه قبل البيع ، فيرد جانب البائع إلى مقتضى القياس ، ولم يذكره محمد لا في بيع الأصل ولا في الجامع الصغير ، وتبين مما ذكرنا أن المبيع أحد الثوبين والآخر أمانته ، والتركيب الدال على ذلك حقيقة ، ومن اشترى أحد الثوبين ؛ وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف ، ففي بعضها اشترى أحد الثوبين ولا يحتاج إلى معذرة ، وفي بعضها ثوبين وهو مجاز ، وأثبتها فخر الإسلام وقال : في وجه المجاز إن كل واحد منهما لما احتمل أن يكون مبيعا قال : اشترى ثوبين وقال غيره هو من باب إطلاق اسم الكل على البعض كما في قوله تعالى - يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان - أضاف الخروج إليهما وإن كان يخرج من أحدهما . قال (ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) رجل اشترى دارا بخيار الشرط (فبيعت دار أخرى يجنبها في مدة الخيار فأخذها بالشفعة فذلك الأخذ رضا) يسقط به الخيار لأن أخذه بطلب الشفعة وطلبه الشفعة دليل على اختيار الملك ، لأن طلب الشفعة لا يثبت إلا لدفع ضرر الجوار ، والجوار يثبت باستدانة الملك ، واستدانة الملك تقتضى الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ، ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة . وهذا التقرير يحتاج إليه المذهب أبي حنيفة خاصة لأن خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة ، وأما عندهما فإن المبيع يدخل في ملكه فيجوز له أن يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره ، لأن الشفعة لدفع ضرر الجوار الدخيل والإنسان لا يدفع ضرر الجار في دار يريد ردها . قال شمس الأئمة : أما وجوب الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لأنه مالك للدار المبيعة ، وأما عند أبي حنيفة فلا لأنه صار أحق بالتصرف فيها وذلك بكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأخوذون المستغرق بالدين والمكاتب إذا بيعت دار يجنب دارهما

(قال المصنف : ومن اشترى دارا ، إلى قوله : إلى اختياره الملك) أقول : لا يخفى عليك أن اللازم من هذا الدليل سقوط الخيار لطلب الشفعة بدون أخذها فليعامل ، والظاهر أن المراد بالأخذ القرب منه عطية (قال المصنف : فيثبت الملك من وقت الشراء) أقول : إنما قال من وقت الشراء إذ لا مرجح لإثبات الملك في الأوقات التي بعده حتى يتبين له (قوله : لا يثبت إلا لدفع ضرر الجوار) أقول : لا بد من الجواز (قوله فيسقط الخيار ويثبت الملك الخ) أقول : لا يخفى عليك أن بين سقوط الخيار وثبوت الملك من وقت الشراء تنافيا لأن سقوط الخيار يكون بعد ثبوته ، وثبوته لا يجامع الملك عند أبي حنيفة الخ .

قال (وإذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار فرضى أحدهما فليس للآخر أن يرده) عند أبي حنيفة ، وقالوا : له أن يرده ، وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية : هما أن إثبات الخيار لهما لإثباته لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه . وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة ، فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه إلزام ضرر زائد ،

في ملك المشتري فلا يشفع بها ، وقد قال يشفع بها فاحتاج إلى جعله فعلا يفيد الرضا بالمبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة ، أما على قولهما فلا حاجة لأنهما قائلان بأن المشتري بالخيار ملكها فنتج له الشفعة بها . والوجه أنهما أيضا يحتاجان إلى زيادة ضمنية لأن الملك وإن كان ثابتا عندهما فله رفعه فهو مزلزل والشفعة لدفع الضرر المستمر ، فحين شفع ذل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك . وفي المبسوط على تقدير أنه لم يملكها على قول أبي حنيفة ، وعدم هذا التقرير قال لأنه صار أحق بالتصرف فيها ، وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب فإنهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقة الدار ، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فإن المشتري هناك لم يصير أحق بالتصرف فيها ، ولو اعتبر المأذون والمكاتب كالوكيل عن السيد في الحال كان حسنا ورجع الأخذ بالشفعة إلى سبب الملك : هذا وأو كان خيار رؤية كان له أن يشفع في الدار المبعة إلى جانبها ، ولا يسقط به خيار الرؤية حتى إذا رآها كان له أن يردها بعد ما شفع بها ، وسيأتي أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لأنه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم ، فحقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه إذا رآها ثبت له خيار الرؤية ، وكذا لا يبطل خيار العيب بالأخذ بالشفعة به (قوله وإذا اشترى الرجلان عبدا) مثلا (على أنهما بالخيار ورضى أحدهما بالمبيع) بطل خيار الآخر (فليس له أن يرده عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : له أن يرده ، وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية) بأن اشترى الرجلان شيئا فاطلعا على عيب فرضى به أحدهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده ، وعندهما له ذلك أو اشترى ولم يريا فعند الرؤية رضى أحدهما دون الآخر (لهما أن إثبات الخيار لهما لإثباته لكل منهما فلا يسقط حقه بإسقاط صاحبه) حقه (وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه إلزام ضرر زائد)

فإنهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقة دارهما ، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع لأن المشتري لم يصير أحق بالتصرف فيها . ولو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار أخرى فأخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لأنه لم يسقط بصريح الإسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسيأتي : قال (وإذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار ثلاثة أيام فرضى أحدهما دون الآخر فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : له أن يرده) وكذا إذا اشترى رياه ورضى أحدهما بعيب فيه ، وكذا لو اشترى رياه ولم يريا ثم رآياه (لهما أن إثبات الخيار لهما لإثباته لكل واحد منهما) وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه . وفيه نظر لأننا لا نسلم أن إثبات الخيار لهما لإثباته لكل واحد منهما ؛ ألا ترى أن من وكل وكيلين أثبت الوكالة لهما وليس لأحدهما أن يتصرف دون الآخر . وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب

(قال المصنف : فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة الخ) أقول : لقائل أن يقول : لم يذهب أبو حنيفة أنه إذا رد أحدهما فليس للآخر أن يرضى ، وما الذي يرجع به جهة الرضا على الرد (قوله وفيه نظر لأننا لا نسلم أن إثبات الخيار لهما الخ) أقول : ذلك أن تقول : لو لم يثبت لكل واحد منهما الخيار لما انعقد البيع في نصيب من رضى بالمبيع لكنه متعدد ، ولا كذلك الوكيلان فليتأمل (قوله ولين لأحدهما أن يتصرف دون الآخر) أقول : فيه أن ذلك أيضا لما فيه من إبطال حق الآخر .

وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصوير اجتماعهما على الرد، قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك) لأن هذا وصف مرغوب فيه

فإن البائع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك إلا بطريق المهايأة، والخيار ماضع لدفع الضرر عن أحدهما يلحق الضرر بالآخر، فإن قيل: هذا الضرر حصل في ملك البائع، قلنا ممنوع لأنه بعد خروجه عن ملكه فإن مع خيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع، فإن قيل: لما شرط الخيار لهما فقد رضى بهذا العيب، أجيب أنه إنما رضى به في ملكهما، فإن قيل: بل رضى به مطلقا لأن الخيار معلوم أنه قد يكون عند فسخ وقد يكون عند إبرام فشرطه رضا بكل من الأمرين، أجاب عنه المصنف بقوله (وليس من ضرورة إلى آخره) يعني لا يلزم من كونه شرطه لهما أن يكون راضيا بفسخ أحدهما لجواز كونه لرضاه بفسخهما، فإذا جاز هذا كان هو الظاهر، والظاهر أن التصرف من العاقل إذا احتمل كلا من أمرين في أحدهما ضرر، دون الآخر أنه إنما أراد المحتمل الذي لا ضرر فيه، لأن الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل إلى ما يضره بلا فائدة (قوله ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب) أي حرفته ذلك (فكان بخلاف ذلك، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه) ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار إلى ورثته إجماعا لأنه في ضمن ملك العين، وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في المبيع، ولو كان موجودا فيه دخل في العقد وكان من مقتضياته، فكان شرطه إذا لم يكن فيه غرر صحيحا، والأصل في اشتراط الأوصاف أن ما كان وصفا لا غرر فيه فهو جائز، وما فيه غرر

فإن البائع قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء، وبعده إذا رد البعض لا يتمكن إلا مهايأة، والخيار يثبت نظرا لمن هو له على وجه لا يباحق الضرر منه بغيره، وإنما قيد الضرر بالزائد لأن في امتناع الرد ضررا أيضا للرد، لكن لما لم يكن من الغير بل لعجزه عن إيجاد شرط للرد كان دون الأول، فإن الضرر الحاصل من الغير أقطع وأفجع من الحاصل من نفسه. فإن قيل: يبيعه منهما رضا منه لعيب التبعيض، أجيب بأنه إن سلم فهو رضا به في ملكهما لا في ملك نفسه. فإن قيل: حصل العيب في يد البائع بفعله لأن تفرق الملك إنما هو بالعقد قبل القبض قلنا: بل حصل بفعل المشتري برد نصفه، والمشتري إذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له أن يرده بحكم خياره، لكن هذا العيب بعرض الزوال لمساعدة الآخر على الرد فإذا امتنع ظهر عمله (قوله وليس من ضرورة إثبات الخيار) جواب لهما. وتقريره أن إثبات الخيار لهما ليس عين الرضا برد أحدهما وهو ظاهر، ولا الرضا برد أحدهما لازم من لوازم إثبات الخيار لهما لتصوير الانفكاك بتصوير اجتماعهما على الرد، فلا يلزم من إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما. قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب) رجل اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب فكان بخلافه بأن لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازا أو كاتباً فهو بالخيار بين أخذه بجميع الثمن وبين رده إذا لم يمتنع الرد بسبب من الأسباب، فإن امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية يقوم العبد كاتباً أو خبازاً على أدنى ما يطلق عليه الاسم إذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب وخباز فينظر إلى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك،

(قوله ضرراً للرد) أقول: أي المراد الرد (قوله لأن تفرق الملك إنما هو بالعقد) أقول: إن أراد تفرق الملك بين المشتريين فالمانع من الرد ليس كذلك، وإن أراد تفرقه بين البائع والراعي فلا نسلم أنه بالعقد بل بفعل المشتري (قوله ليس له أن يرده الخ) أقول: يعني وكلا لا يرد إذا كان الرد موجبا للعيب.

فيستحق في العقد بالشرط ، ثم فواته يوجب التخيير لأنه مارضى به دونه ، وهذا يرجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض ، فلا يفسد العقد بعلمه بمنزلة وصف الذكورة والأنوثة في الحيوانات وصار كفوات

لا يجوز إلا أن يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ما ليس مرغوبا فيه ، فعلى هذا يتفرع ما لوباع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا للشافعي على الأصح عنده لأنه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها ، حتى لو شرط أنها حلوب جاز ، كما إذا شرط في القرس أنه هملاج وفي الكلب أنه صائد حيث يصح ، ومنه شرط كونه ذكرا أو أنثى وشرط كون الثمن مكفولا به . أما لو اشترى جارية على أنها حامل فاختلف المشايخ فيه . قيل لا يجوز كالناقة والشاة ، وقيل يجوز لأن الحمل في الجوارى عيب بخلاف البهائم فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب ، وقيل إن اشتراها ليتخذها ظئرا فشرط أنها حامل يعني ذكر غرضه ذلك للبايع فالبيع فاسد لأنه شرط زيادة مجهولة في وجودها غرر فكانت كالناقة ، وإن لم يرد ذلك جاز حملا لقصد البراءة من عيب الحمل . ومنه لو اشتراه على أنه معيب فوجده سليما صح ، وكان له : هذا ومذهب الحسن عن أبي حنيفة في شرط الحمل في البقر والجارية أنه يجوز . وروى ابن سماعه عن محمد في اشتراط أنها حلوبة لا يجوز لأن الشروط هنا أصل من وجه وهو اللبن . قال محمد في مسئلتنا : فإن قبضه المشتري ووجده كاتبا أو خبازا على أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد ، ومعناه : أن يوجد منه أدنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز : أعنى الاسم الذي يشعر بالحرفة ، فإن فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بأن يكتب شيئا يسيرا ناقصا في الوضع أو يخبر قدر ما يدفع عنه الهلاك بأكله ، وإذا لم يجده كما ذكر وامتنع الرد بسبب من الأسباب رجع المشتري على البايع بحصته من الثمن بأن يقوم العبد كاتبا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت . وعن أبي حنيفة لا يرجع بشيء لأن ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتقدر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البايع فكذا هذا ، والصحيح ما في ظاهر

أما رده فلأن هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر ، وهو احتراز عما ليس مرغوب فيه كما إذا باع على أنه أعور فإذا هو سليم فإنه لا يوجب الخيار ، وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لأنه لرجوعه إلى صفة الثمن أو الثمن كان ملائما للعقد ، ألا ترى أنه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسدا له . ونوقض بما إذا باع شاة على أنها حامل أو على أنها تحلب كذا فإن البيع فيه وفي أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه . وأجيب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المعلوم إلى المجهول يصير الكل مجهولا ، ولهذا لو شرط أنها حلوب أو ليون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي ، سلمناه لكنه مجهول ليس في وسع البايع تحصيله ولا إلى معرفته سبيل . بخلاف ما نحن فيه فإن له أن يأمره بالخبر والكتابة فيظهر حاله ، وأما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح ، وعلى تقدير كونه ولذا لا تعلم حياته وموته ولا سبيل إلى معرفته ، وإذا ثبت ذلك فقواته يوجب التخيير لأن المشتري ما رضى بالمبيع دون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لأن هذا الاختلاف : أي الذي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعلم ذلك الوصف ، كما إذا اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هي حمل فصار الأصل أن الاختلاف الحاصل بالوصف إن كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الأغراض كان راجعا إلى الجنس ، كما إذا باع عبدا فإذا هي جارية ويفسد به العقد ، وإن كان مما لا يوجبه كان راجعا إلى النوع كما ذكرنا من المثال فلا

(قوله سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البايع الخ) أقول : لا يظهر فائدة هذا القيد فليتأمل .

وصف السلامة ، وإذا أخذه أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرفت .

الرواية ، وبه قال الشافعي لأن البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة كما في العيب . ولو اختلف المشتري والبائع بعد مدة فقال المشتري لم أخذه كاتباً وقال البائع سلمته إليك كاتباً ولكنه نسي عندك والمدة تحتل أنه ينسى في مثلها فالقول للمشتري . والأصل في هذا أن القول لمن تمسك بالأصل وأن العدم في الصفات العارضة أصل والوجود في الصفات الأصلية أصل ، وشهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطالع عليه الرجال حجة إذا تأيدت بمؤيد ، وإن لم تأيد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لا في إلزام الخصم . إذا عرف هذا ، فإذا اختلفا قبل القبض أو بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف وقال البائع هو بهذا الوصف للحال يؤمر بالخيز والكتابة ، فإن فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لزم المشتري ولا يرد ولا يعتبر قول العبد في ذلك ، وإن قال البائع سلمته بها ونسي عندك والمدة تحتل ذلك والمشتري ينكر ذلك فالقول قول المشتري ويرده لأن الأصل عدم هذه الصفة ، وإن لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة . ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع بكر للحال وقال المشتري ثيب فإن القاضي يريها النساء ، فإن قلن بكر لزم المشتري بلا يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت هنا بمؤيد لأن الأصل البكارة ، وإن قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لأن الفسخ حق قوى وشهادتهن حجة ضعيفة لم تأيد بمؤيد ، لكن يثبت حق الخصومة لتوجه اليمين على البائع ، إذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة ، والخصومة حق ضعيف لأنها ليست بمقصودة لذاتها فجاز أن تثبت بشهادتهن ، فيحلف البائع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر ، فإن لم يكن قبض يحلف بالله لقد بعثا وهي بكر ، فإن نكل ردت عليه ، وإن حلف أزم المشتري وروى عن أبي يوسف ومحمد في رواية أنها ترد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين من البائع ، وإن لم يكن عند القاضي من النساء من يثق بهن لا يحلف البائع لأن العيب لم يثبت للحال فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليمين على البائع فتلزم الجارية على المشتري إلى أن يحضر من النساء من يوثق بهن ، ولو قال بعثا وسلمتها إليك وهي بكر وزالت بكارتها في يدك فالقول قوله لأن الأصل هي البكارة ، ولا يريها القاضي النساء لأن البائع مضر بزوال البكارة ، وإنما يقول زالت في يدك . واعلم أنه إذا شرط في البيع ما يجوز اشتراطه فوله بخلافه فتارة يكون البيع فاسداً وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار ، وتارة يستمر صحيحاً ولا خيار للمشتري وهو ما إذا وجدته خيراً مما شرطه وضابطه إن كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار . والثياب أجناس : أعنى المروى والإسكندري والمروى والكتان والقطن . والذكر مع الأنثى في بني آدم جنسان ، وفي سائر الحيوانات جنس واحد . والضابط فحش التفاوت في الأغراض وعلمه ، فإن اشترى ثوباً على أنه إسكندري فوجده بلدياً ، أو هندي فوجده مروياً ، أو كتان فوجده قطناً ، أو أبيض مصبوغ بعصفر فإذا هو بزعفران ، أو داراً على أن بناءها آجر فإذا هو لبن ، أو على أن لا بناء ولا نخل فيها فإذا فيها بناء أو نخل ، أو أرضاً على أن جميع أشجارها ثمرة فوجد واحدة غير مثمرة ، أو على أنه عبد فإذا هو جارية ، أو فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك . ولو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة فإذا هي مولدة بغداد ، أو غلاماً على أنه تاجر

يفسده ، لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة ، وأما أخذه بجميع الثمن فلا لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل من غير ذكر على ما عرفت فيما تقدم ، والله أعلم .

(باب خيار الرؤية)

قال (ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز ، وله الخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه) بجميع الثمن (وإن شاء رده)
أو كاتب فإذا هو لا يحسنه ، أو على أنه فحل فإذا هو خصى أو عكسه ، أو أنها بغلة فإذا هو بغل ، أو ناقة فكان جلا .
أو لحم معز فكان لحم ضأن أو على عكسه ونحو ذلك فله الخيار . ولو اشترى على أنه بغل فوجده بغلة أو حمار .
أو بعير فإذا هو أتان أو ناقة ، أو جارية على أنها رتقاء أو حبل أو ثيب فإذا هي بخلافه جاز ، ولا خيار له لأنه صفة
أفضل من الصفة المشروطة . وينبغي في مسألة البعير والناقة أن يكون في العرب وأهل البوادي الذين يطلبون
الدر والنسل ، أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل . ولو باع داراً بما فيها من الجذوع والخشب والأبواب
والنخيل فإذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري .

(باب خيار الرؤية)

قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم وال لزوم بعد التمام ، والإضافة من قبيل
إضافة الشيء إلى شرطه لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار ، وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية (قوله
ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز ، وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده) سواء رآه على
الصفة التي وصفت له أو على خلافها ، مثل أن يشتري جرباً فيه أثواب هروية أو زيتاً في زق ، أو حنطة في غرارة
من غير أن يرى شيئاً ، ومنه أن يقول بعثك درة في كمي صفتها كذا أو ثوباً في كمي صفتها كذا أو هذه الجارية وهي
حاضرة منتقبة فله الخيار إذا رأى شيئاً من ذلك . وفي المبسوط : الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم
يشر إليه ولا إلى مكانه لا يجوز بالإجماع . انتهى . لكن إطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع
أولاً ، وسواء أشار إلى مكانه أو إليه وهو حاضر مستور أولاً ، مثل أن يقول بعث منك ما في كمي ، بل عامة
المشايع قالوا : إطلاق الجواب يدل على الجواز عنده . وطائفة قالوا : لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه ، والظاهر
أن المراد بالإطلاق ما ذكره شمس الأئمة وغيره كصاحب الأسرار والذخيرة لبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلاً

(باب خيار الرؤية)

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه ، إذ كان تأثيره في منع تمام البيع وتأثير خيار العيب في
منع لزوم الحكم . قال القلدي : من اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز ، معناه أن يقول الرجل لغيره بعثك الثوب
الذي في كمي هذا وصفته كذا أو الدرّة التي في كمي هذه وصفتها كذا أو لم يذكر الصفة أو يقول بعث منك هذه
الجارية المنتقبة فإنه جائز عندنا ، وله الخيار إذا رآه . وعند الشافعي لا يجوز . وكذا العيب الغائب المشار إلى مكانه
وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير مسمى والمكان معلوم باسمه والعين معلومة . قال بصاحب الأسرار : لأن
كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزاً : أي بالإجماع . قال الشافعي : المبيع مجهول

(باب خيار الرؤية)

قال العلامة الكاكي في المبسوط : الإشارة إليه وإلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه أو إلى مكانه لا يجوز بالإجماع انتهى . أقول :
في كون الإشارة إلى المبيع أو إلى مكانه شرط جواز سيما بالإجماع كلام فاضل .

وقال الشافعي : لا يصح العقد أصلا لأن المبيع مجهول . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه » ولأن الجهالة بعلم الرؤية لا تنفضي إلى المنازعة ، لأنه لو لم يوافق يده ،

كان يقول بعثك شيئا بعشرة . وقول المصنف (وقال الشافعي : لا يجوز العقد أصلا) هو فيما لم يسم جنسه قولاً واحداً أنه لا يجوز ، وأما فيما سمي جنسه وصفته على ما نقل في شرح الوجيز والحلية أنه يجوز على قوله القديم وعلى قوله الجديد لا يجوز . وعن مالك وأحمد مثل قولنا ، واختاره كثير من أصحاب الشافعية منهم القفال ، وهو قول عثمان بن عفان وطلحة رضي الله عنهما . وذكر المصنف في وجه قوله أن المبيع مجهول مقتصر عليه : يعني وكل ما كان كذلك لا يجوز بيعه لئله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ، ونهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، وما ذلك إلا للجهالة . قلنا : أما النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك اتفاقاً لا ما ليس في حضرتك ، ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكاً للبائع فقضينا عهده ، وأما بيع الغرر فلفظه يفيد أنه غيره ، وذلك ليس إلا بأن يظهر له ما ليس في الواقع فيبني عليه فيكون مغروراً بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع ، ونحن نقطع بأن النهي عن ذلك لما يلزم الضرر فيه ، ونقطع بأن لا ضرر فيما أجزنا من ذلك إنما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار إذا رآه ، فأما إذا أوجبت له الخيار إذا رآه فلا ضرر فيه أصلاً بل فيه محض مصلحة وهو إدراك حاجة كل من البائع والمشتري ، فإنه لو كان له به حاجة وهو غائب وأوقفت جواز البيع على حضوره ورؤيته ربما تقوت بأن يذهب فيساومه فيه آخر رآه فيشترى به منه فكان في شرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من إثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقلين من غير حقوق شيء من الضرر فأني يتناول النهي عن بيع الغرر والأحكام لم تشرع إلا لمصالح العباد قطعاً فكان مشروعاً قطعاً ، فوجب أن يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار فيه لأنه هو الذي يوجب ضرر المشتري ، والنهي قطعاً ليس إلا لذلك ، فظهر أن كلا من الحديثين لم ينف ما أجزه فكان نفيه قولاً بلا دليل ، وكفانا في إثباته المعنى ، وهو أنه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزاً ، ويبني الحديث الذي ذكره المصنف زيادة في الخبر ، وهو ما رواه ابن أبي شبة والبيهقي مرسل . حدثنا إسماعيل بن عياش عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم

والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه ») وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض . فإن قيل : هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو أنه قال : قال عليه الصلاة والسلام « لا تبع ما ليس عندك » والمراد ما ليس بمركب للمشتري لإجماعنا على أن المشتري إذا كان قد رآه فالعقد جائز وإن لم يكن حاضراً عند العقد . قلنا : بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث ، فإن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال « يا رسول الله إن الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأستجيدها فأشترىها فأسلمها إليه ، فقال عليه الصلاة والسلام : لا تبع ما ليس عندك » وقد أجمعنا على أنه لو باع عينا مريثاً لم يملكه ثم ملكه فلم لم يجوز ؟ وذلك دليل واضح على أن المراد به ما ليس في ملكه ، والمعقول وهو أن الجهالة بعلم الرؤية لا تنفضي إلى المنازعة مع وجود الخيار ، فإنه إذا لم يوافق رده ولا نزاع ثمة يقتضي خياره ، وإنما أفضت إليها لو قلنا بأن إبرام العقد ولم يقل به فصار ذلك كجهالة الوصف في المجازين المشار إليه بأن اشترى ثوباً مشاراً إليه غير معلوم عدد ذرعانه فإنه يجوز لكونه معلوم العين وإن كان ثمة جهالة لكونها لا تنفضي إلى المنازعة ،

(قوله فإن قيل هو معارض الخ) أقول : فيه كلام لأن النهي يقتضي المشروعية .

فصار كجهالة الوصف في المعائن المشار إليه (وكذا إذا قال رضيت ثم رآه له أن يرد) لأن الخيار معلق بالروية لما روينا فلا يثبت قبلها ، وحق الفسخ قبل الروية بحكم أنه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ،

« من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه وإن شاء تركه » والمرسل حجة عند أكثر أهل العلم ، وتضعيف ابن أبي مريم بجهالة عدالته لا يبنى علم غير المضعفين بها ، وقد روى هذا الحديث أيضا الحسن البصري وسلمة بن الحبيب وابن سيرين وهو رأي ابن سيرين أيضا ، وعمل به مالك وأحمد ، وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم ، فدل قبول العلماء على ثبوته ، والحق أن عمل من ضعف ابن أبي مريم على وفق حديثه يبنى على أن العمل على وفق الحديث هل هو تصحيح له ، وهي مسألة مختلفة بين الأصوليين ، والخيار لا ما لم يعلم أن عمله عن الحديث ، وقد روى الحديث أيضا مرفوعا ، رواه أبو حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم « من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه » ورواه الدارقطني من طريق أبي حنيفة إلا أن في طريقه إلى أبي حنيفة عمر بن إبراهيم الكندي نسب إلى وضع الحديث : هذا ولا بد من كون المراد في الحديث بالروية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز ، عبر بالروية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الروية من أفراد المعنى المجازي ، وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالروية فيها . مثل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشئ كمشك اشتراه وهو يراه فإنه إنما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته ، وكذا لو رأى شيئا ثم اشتراه فوجده متغيرا لأن تلك الروية غير معرفة للمقصود الآن ، وكذا اشتراه الأعمى يثبت له الخيار عند الوصف له فأقيم فيه الوصف مقام الروية . وقول المصنف (فصار كجهالة الوصف في المعائن المشار إليه) يعني فيما لو اشترى ثوبا مشارا إليه لا يعلم عدد ذراعانه يريد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لأنه لا خيار في المشبه به ، أعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى الفائت مجرد علم الوصف ، وقوله (وكذا إذا قال رضيت) إلى آخره ، أى وكذا له الخيار إذا رآه : يعنى إذا قال رضيت كائنا ما كان قبل الروية ثم رآه له أن يرد لأن ثبوت الخيار معلق في النص بالروية حيث قال فهو بالخيار إذا رآه ، والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والإسقاط لا يتحقق قبل الثبوت . وقوله وحق الفسخ الخ جواب عن مقدر وهو طلب الفرق بين الفسخ والإجازة قبل الروية : فإنه إذا أجاز قبلها لا يلزم ،

وعورض بأن البيع نوعان : بيع عين ، وبيع دين ، وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الأول المشاهدة ، ثم ما هو طريق إلى الثاني إذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد ، وكذلك ما هو طريق إلى الأول وهو المشاهدة إذا تراخى فسد : وأجيب بأن المعارضة ساقطة لأن السلم إنما لا يجوز عند ترك الوصف لإفضاء الجهالة إلى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك (قوله وكذا إذا قال) تفريع على مسألة القدوري : يعنى كما أن له الخيار إذا لم يقل رضيت فكذا إذا قال ذلك ولم يره ثم رآه ، لأن الخيار معلق بالروية بالحديث الذى رويناه والمعلق بالشئ لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ، ولأنه لو لزم العقد بالرضا قبل الروية لزم امتناع الخيار عندها ، وهو ثابت بالنص عندها فما أدى إلى إبطاله فهو باطل . (قوله وحق الفسخ) جواب سؤال تقريره : لو لم يكن له الخيار قبل الروية لما كان له حق الفسخ قبل الروية لأنه من نتائج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقا بها فلا يوجد قبلها . وتقرير الجواب أن حق الفسخ بحكم أنه عقد غير لازم لأنه لم يقع منبذما فجاز فسخه لو هاء فيه ، ألا ترى أن كل واحد من العاقدين في عقد الوديعة والغارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وإن لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا ، بخلاف الرضا فإنه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز إثباته على وجه يؤدى إلى

ولأن الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت .

وإذا فسخ قبلها لزم مع استواء نسبة التصرفين في تعليقهما بالشرط في الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط . وحاصل الجواب أن المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده إذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط ، فإن الشئ قد يثبت بأسباب كثيرة ، فالحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الإجازة والفسخ بها ، لأن معنى الخيار أن له أن يميز وأن يفسخ ، ثم لم تثبت الإجازة بسبب آخر فبقى على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية ، بخلاف خيار العيب سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية ، فإذا قال رضيت قبل الرؤية سقط خياره إذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك . وأما الفسخ فثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري ، وما كان غير لازم عليه له أن يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعة وإلا فهو لازم وقد فرض غير لازم ، هذا خلف . وقد سلك المصنف رحمه الله مسلك الطحاوي في عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية ، ونقل في التحفة فيه اختلاف المشايخ منهم من منع وأنه لا رواية فيه : وأما قول المصنف (ولأن الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية) فلو تم لزم أن لا يصبح البيع بشرط البراءة من العيوب لأن حاصله الرضا بالبيع قبل رؤية العيب ، ثم لمن يمنع الفسخ قبل الرؤية أن يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية ، وقولكم عدم اللزوم سبب آخر قبل الرؤية . قلنا : نمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه ، فإن الشارع علق إثبات قدرة الفسخ والإجازة التي هي الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم إلى غاية الرؤية ثم يرفعه عندها فتثبت قدرة الفسخ والإجازة معا . واعلم أن خيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع ليس غير شراء الأعيان والإجازة ، والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة ، وعرف من هذا أنه لا يكون في الدين فلا يكون في المسلم فيه ولا في الأثمان الخالصة ، بخلاف ما لو كان البيع إناء من أحد التقيدين فإن فيه الخيار . ولو تباعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما ، ومحل كل ما كان في عقد يفسخ بالفسخ لا مالا يفسخ كالمهر وبدل الصلح عن الثمن وبدل الخلع وإن كانت أعيانا لأنه لا يفيد فيها ، لأن الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائما ، وقبانه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة ، فلو كان له أن يرد كان له أن يرد أبدا ، وليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن ما لم يسقط

بطلانه كما مر آنفا ، وفيه نظر لأن عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار ومعلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذلك ملزومه لأن ما هو شرط اللازم فهو شرط للملزم (قوله ولأن الرضا بالشئ) جواب سؤال آخر ، وتحقيقه أن الإمضاء للرضا والرضا بالشئ (لا يتحقق قبل العلم بأوصافه) لأن الرضا استحسان الشئ واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور . وأما الفسخ فإنما هو لعدم الرضا ، وهو لا يحتاج إلى معرفة المحسنات . لا يقال : علم الرضا لاستقباح الشئ واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور ، لأن عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدا له من انتفاء احتياجه إلى المبيع أو ضياع ثمنه أو استغلاته فلا يلزم الاستقباح . ذكر في التحفة أن جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ، ولكن المشايخ اختلفوا ؛ فقال بعضهم : لا يصح قياسا على الإجازة ، وقال بعضهم : يصح

(قوله وفيه نظر لأن عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار) أقول : بل ذلك لعدم وقوعه متبرما لو شاء فيه على ما فصله المحجب ، غاية ما في البيان أن عدم الانبرام باعتبار أنه يثبت له الخيار عند الرؤية ، وهذا لا يستلزم عدم وجوده بلوته فليأمل (قوله والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها الخ) أقول : هذا أيضا ممنوع لما سيحكي في الصفحة التالية أن المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر (قال المصنف : ولأن الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق) أقول : فيه أن عدم العلم بأوصافه غير مفروض ، فإن غير المرئي قد يعلم بالوصف ، ويجوز أن يقال : المراد هو العلم الشخصي بأوصافه .

قال (ومن باع ما لم يره فلا خيار له) وكان أبو حنيفة يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع ، وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال : ووجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء لما رويناه فلا يثبت دونه . وروى « أن عثمان بن

خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده ، لكن بشرط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف . كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط (قوله ومن باع ما لم يره) بأن ورث عينا من الأعيان في بلدة أخرى فباعها قبل أن يراها (فلا خيار له . وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول أولا : له الخيار اعتبارا بخيار العيب) فإنه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيادة (وخيار الشرط) فإنه يجوز لهما . ولو اختصر على خيار العيب كان أقرب لأن ثبوته في العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع فكان بسبيل من ترك حقه أو أخذه بأخذ الثمن ورد المبيع ، بخلاف خيار الشرط ، وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير أنه يجوز متأخرا للمصاحبة التي ذكرناها . ثم تقرير المصنف حيث قال (وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) يعنى في حق البائع (وثبوتا) في حق المشتري (ولا يتحقق ذلك) أى تمام الرضا (إلا بالعلم بأوصاف المبيع ، وذلك بالرؤية) يخال أنه قياس بجامع عدم الرضا بالبيع على البتات وهو تعليل بالعدم . وحاصله أن ثبوت الخيار لعدم تمام الرضا بأحكام العقد فكذا هنا . ويرد عليه أن حكم الأصل : أعنى خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهما ، فقياسه أن يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما لا إذا سكنا عنه فيلزم حينئذ فكذا هنا ، وليس الواقع هذا لظهور اختلاف حكم الأصل والفرع ، ولولم يختلفا فالأصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه ، فلذا حق له أن يرجع . وذكر للمرجوع إليه وجهين : أحدهما : (أنه معلق بالشراء لما رويناه فلا يثبت دونه) ولا يخفى أنه نقي للحكم بمفهوم الشرط إذ خاصله انتفاء الحكم

دون الإجازة وهو مختار المصنف . قال (ومن باع ما لم يره) من ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا . وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا : له الخيار اعتبارا بخيار العيب فإنه لا يختص بجانب المشتري ، بل إذا وجد البائع الثمن زيفا فهو بالخيار إن شاء جوزه وإن شاء رده كالمشتري وإذا وجد المبيع معيبا ، لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لأنه أصل دون الثمن ، وبخيار الشرط فإنه يصح من الجانبين كما تقدم . (وهذا) أى الخيار للبائع إنما هو باعتبار (أن لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) أى من جهة البائع (وثبوتا) أى من جهة المشتري (وتتمام الرضا لا يتحقق إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية) فإن بالرؤية يحصل بالاطلاع على دقائق لتحصيل العبارة (فلم يكن البائع راضيا بالزوال) فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ (وجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء فلا يثبت دونه) كما تقدم . فإن قيل : البائع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة . أجيب بأنهما ليسا بسبيين فيه ، لأن الرد من جانب المشتري باعتبار أنه كان يظنه خيرا بما اشترى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه ، والبائع لو ردّ لرده باعتبار أن المبيع أزيد مما ظن فصار كما لو باع عبدا بشرط أنه معيب فإذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار ، وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به ، قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر وهما وجد القياس على المشتري والخيارين فليجز من البائع . وأجيب بأنه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس ، سلمناه لكن القياس على مخالفة الإجماع باطل ، وتحكيم جبير بين عثمان وطلحة كان بمحض من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولم ينكره أحد فكان إجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الإلحاق

عفان باع أرضها له بالبصرة من طاححة بن عبيد الله فقيل لطاححة : إنك قد غبنت ، فقال : لى الخيار لأنى اشتريت مالم أره . وقيل لعثمان : إنك قد غبنت ، فقال : لى الخيار لأنى بعث مالم أره . فحكما بينهما جبير بن مطعم : فقضى بالخيار لطاححة ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم . ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله ، وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ، ثم إن كان تصرفا لا يمكن رفعه كالإعتاق

لانتفاء الشرط . والثانى ما أخرجه الطحاوى ثم البيهقى عن علقمة بن أبى وقاص « أن طاححة رضى الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضى الله عنه مالا ، فقيل لعثمان : إنك قد غبنت ، فقال عثمان : لى الخيار ، لأنى بعث مالم أره ، وقال طاححة رضى الله عنه : لى الخيار لأنى اشتريت مالم أره ، فحكما بينهما جبير بن مطعم رضى الله عنهم فقضى أن الخيار لطاححة ولاخيار لعثمان . والظاهر أن مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ، لأن قضية يجرى فيها التخالف بين رجلين كبيرين ثم إنهما حكما فيها غيرهما فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن أحد خلافة كان إجماعا سكوتيا ظاهرا (قوله ثم خيار الرؤية غير موقت) بوقت خلافا لما ذهب إليه بعض المشايخ من أنه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ ، فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره وإن لم يفسخ فيه ، والمختار أنه لا يتوقت (بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله ، و) يبطله (ما يبطل خيار الشرط من تعيب) يعنى بعد الرؤية (أو تصرف يبطل خيار الرؤية) بقيد تفصيل نذكره فى التصرف لا مطلقا فلذا وصله بقوله (ثم إن كان تصرفا لا يمكن رفعه) للمتصرف (كالإعتاق) للعبد الذى اشتراه

دلالة وقياسا ، ولهذا رجع أبوحنيفة حين بلغه الحديث . قال (ثم خيار الرؤية غير موقت) قيل خيار الرؤية يوقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لأنه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فأشبه الرد بالعيب . والأصح عندنا أنه باق مالم يوجد ما يبطله لأنه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا ، ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية . ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط فى باب . والضابط فى ذلك أن المشترى بالخيار إذا فعل فى المبيع ما يمتحن به مرة ويحل فى غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار ، وإلا لبطلت فائدة الخيار لأنها إمكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان ، فإن لزمه البيع بفعل ما يمتحن به أول مرة فانت فائدة الخيار . ويعلم من هذا أنه إذا فعل مالا يمتحن به أو يمتحن به لكنه لا يحل فى غير الملك بحال أو يمتحن به ويحل فى غير الملك لكن فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار ، فعلى هذا إذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لأنه ما يمتحن به ويحل فى غير الملك فى الجملة ، فلو استخدمها مرة ثانية فى ذلك النوع من الخدمة كان اختيارا للملك لعدم الحاجة إليها والحصول الامتحان بالأولى ، ولو وطئها بطل خياره لأنه وإن كان مما يمتحن به لأن صلاحها للوطء قد لا يعلم بالنظر ، لكن لا يحل الوطء فى غير الملك فكان اختيارا له . قيل : يشكل على هذا الكلى مسئلتان : إحداهما : أنه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنيها دار فأخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية فى ظاهر الرواية وبطل خيار الشرط . والثانية إذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية . والمستلтан فى فتاوى قاضيه خان . وأجيب بأن الأصل فيهما هو أن

(قوله فأشبه الرد بالعيب) أقول : فيه تأمل (قوله والضابط فى ذلك) أقول : يعنى أن الضابط يفهم ما ذكر إلى قوله ويعلم (قوله ويحل فى غير الملك) فى الجملة . أقول : يعنى بإجازة المالك (قوله قيل يشكل على هذا الكلى ، إلى قوله : والثانية إذا عرض البيع) أقول : وإن أن تقول هما أيضا يبطلانه بعد الرؤية ، وذلك يكتفى فى صحة الكلية ، فإنه لم يقل يبطل خيار الرؤية مطلقا .

والتدبير أو تصرفاً يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق والزمن والإجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا

ولم يره (وتدبيره أو تصرفاً يوجب حقاً للغير) كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لخصوص الحق فيه للمشتري . وقوله (كالبيع المطلق) إنما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لأن به لا يخرج المبيع عن ملكه وكالهبه مع التسليم (والرهن والإجارة يبطل خيار الرؤية) سواء وجدت بعد الرؤية أو قبلها لأن هذه الحقوق مانعة من الفسخ : وإذا تعذر الفسخ شرعاً بطل الخيار (ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم « له الخيار إذا رآه » مقيداً بما إذا لم يوجب موجب شرعي عنده إذا رآه ، وحاصله تقدير مخصوص بالعقل (وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار) للبائع (والمساومة ، وهبته بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية) لأنه لو أبطل الخيار كان باعتبار دلالة على

خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضا بالطريق الأولى لأنه دونه : ثم الأخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلذلك لا يعملان في إبطال خيار الرؤية ، وفيه نظر لأنه ليس بدافع . والحق أن الإشكال ليس بوارد لأنه قال : وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية . وهو ليس بكل مطلق بل مقيد بأن يكون تعيباً أو تصرفاً : يعني في المبيع ، والأخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منهما فلا يكونان واردين . ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين : تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها ، وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها . فأما الأول فهو الذي لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير ، أو الذي يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط ، والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والإجارة ، وهذا لأن هذا التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف في العين قائم فصايف المحل وتقذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة ، وكذلك تعاق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار ، حتى أوافتك الرهن أو مضت مدة الإجارة أورد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد . وفيه بحث من وجهين : أحدهما ما قيل إن بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذي رويناه : والثاني أن هذه التصرفات إما أن تكون صريح الرضا أو دلالة ، وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف أبطلته ؟ وأجيب عن الأول بأن ذلك فيما أمكن العمل بحكم النص ، وهذه التصرفات لصدورها عن أهلها مضافة إلى محلها انعقدت صحيحة ، وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة . وعن الثاني بأن دلالة الرضا لا تربو على صريحه إذا لم تكن من ضرورات صريح آخر ، وهما هذه الدلالة من ضرورة صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم محال . وأما الثاني فهو الذي لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضا : أي لا يزيد عليه ، وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية فدلالته أولى : يعني إذا لم يكن من

(قوله والعرض على البيع) أقول : لأنسلم أن العرض على البيع ليس من التصرف في المبيع والسند ما ذكره المصنف من جعل المساومة منه (قوله مانع من الفسخ) أقول : أي فسخ البائع استقلالاً (قوله لا يمكن رفعها) أقول : مطلقاً أو من التصرف مستقلاً (قوله وعن الثاني بأن دلالة الرضا) أقول : والجواب عن الثاني عندي أن يقال : ليس بطلان الخيار هنا دلالة الرضا أو صريحه ، بل ضرورة تعذر فسخ من التصرفات على ما يدل عليه سياق كلام المصنف (قال المصنف : البيع بشرط الخيار والمساومة) أقول : قال الإيتاني : تقول سام البائع السلعة عرضها وذكر ثمنها ، وسامها المشتري بمعنى استأبها سوماً ، ومنه : « ولا يسوم الرجل على سوم أخيه » أي لا يشتري ، كذا في المغرب انتهى . وقال العلامة الكاكي : المساومة طلب البائع والمشتري لبيع سلعة ، كذا في الفوائد انتهى .

(قال : ومن نظري وجه الصبرة ، أو إلى ظاهر الثوب مطويا أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له) والأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود :

الرضا ، وصريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار فبدلته أولى ، ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا . ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالأخذ بالشفعة وبالعرض على البيع ، فإنهما إذا وجدا من المشتري الذي له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بهما خيار الرؤية ، بل له أن يأخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية لما ذكرنا من أن دلالة الرضا لا تعمل في إسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم في التصرف الذي تعلق فيه حق الغير لو عاد إلى ملكه برد بقضاء أو بفك الرهن أو فسخ الإجارة قبل الرؤية ثم رآه لا خيار له لأنه سقط فلا يعود إلا بسبب جديد إلا في رواية عن أبي يوسف ، وثبت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه فكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من محال التخصيص . ومما يسقط خيار الرؤية أن يقبضه إذا رآه لدلالة القبض بعد الرؤية على الرضا به (قوله ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطويا أو إلى وجه الجارية الخ) والأصل في هذا أن رؤية جميع أجزاء (المبيع غير مشروط) في انتفاء ثبوت خيار الرؤية (لتعذره) عادة وشرعا ، وإلا لجاز أن ينظر إلى عورة العبد والأمة اللذين يريد أن يشتريهما ، ولزم في صحة بيع الصبرة النظر إلى كل حبة منها ، ولا قائل بذلك فيكتفى برؤية ماهو المقصود ، فإذا رآه جعل غير المرئي تبعاً للمرئي ، فإذا سقط الخيار في الأصل سقط في التبع . إذا عرف هذا انبنى عليه أن من نظر إلى وجه الجارية أو العبد ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية ، بخلاف ما لو رأى بطنهما أو ظهرهما وسائر أعضائهما إلا الوجه فإن له الخيار إذا رأى وجههما ، لأن سائر الأعضاء في الإمام والعبيد تبع للوجه ولذا تتفاوت القيمة إذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي سائر الأعضاء . وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لأنهما المقصودان فيسقط برويتهما ولا

ضرورات الغير ويبطله بعدها لوجود الدلالة مع عدم المانع (قال : ومن نظر إلى وجه الصبرة) اعلم أن المبيع إما أن يكون شيئا واحداً أو أشياء متعددة ، والثاني إما أن يكون متفاوت الآحاد أو لا ، فذلك أقسام ثلاثة ، فإن كان الأول فليس رؤية الجميع شرطاً لبطلان خيار الرؤية ، لأن رؤية الجميع قد تكون متعذرة كما إذا كان عبداً أو جارية فإن في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما ، وذلك في العبد لا يجوز أصلاً فسخ العقد أو لم يفسخ . وفي الأمة لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واقعا في غير الملك لأن العقد ارتفع بالفسخ من أصله فصار كأنه لم يكن فكان النظر الواقع حراماً ، وكذا إذا كان المبيع ثوباً مطوياً فإن البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالطي والشر فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد . وإن كان الثاني كالثياب واللواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد ، لأن رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت في آحاده . وإن كان الثالث كالمكيل والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض على ما مال إليه المصنف فيكتفى برؤية واحد منهما ، لأن برؤية البعض يعرف الباقي لعدم التفاوت ، وعلامة عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج إلا أن يكون الباقي أردأ منها ، فعلى هذا إذا نظر إلى وجه الصبرة بطل الخيار لأنه يعرف الباقي لأنه مكمل يعرض بالنموذج

(قوله فإن في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما) أقول : لا يخفى عليك أن الكلام في الرؤية التي يبطل الخيار معها إذا وقع البيع بعدها ، وإلا فلا يسقط الخيار برؤية وجه العبد بعد البيع ، ولو رآه ألف مرة فلا يستقيم هذا الكلام الذي ذكره الشارح ، بل الأولى أن يقال : فإن في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما ، وهما ليسا في ملكهما وهي حرام فليتأمل ، فإنه يمكن أن يقال : المقصود إثبات المبيع بالطريق الأولى وفيه ما فيه ، بل المراد الرؤية بعد البيع ، وهي تسقط الخيار إذا قبض بعدها .

ولودخل في البيع أشياء، فإن كان لا تتفاوت آحادها كالمكيل والموزون، وعلامته أن يعرض بالفوزج يكفى بروية واحد منها إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار . وإن كان تتفاوت آحادها كالثياب والدواب لابد من رؤية كل واحد منها ، والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي ، وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة .

إذا ثبت هذا فنقول : النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكيل يعرض بالفوزج ، وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم ، والوجه هو المقصود في الآدمي ، وهو الكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره . وشرط بعضهم رؤية القوائم ، والأول هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله .

يسقط بروية غيرهما منها وهو المروى عن أبي يوسف . وقيل لا يسقط ما لم يرق قوائمها . ونقل صاحب الأجناس عن المجرد عن أبي حنيفة في الدابة إذا رأى عنقها أو ساقها أو فخذها أو جنبها أو صدرها ليس له خيار الرؤية . وإن رأى حوافرها أو ناصيتها فله الخيار . وعن محمد يكفى الوجه اعتبارا بالعبد . وفي رواية الملق عن أبي حنيفة : يعتبر في الدواب عرف التجار (فإن دخل في البيع أشياء، فإن كانت الآحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون، وعلامته) أي علامة مالا يتفاوت آحاده (أن يعرض بالفوزج فيكفى بروية واحد منها) في سقوط الخيار (إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى حينئذ يكون له الخيار) يعني خيار العيب لاختيار الرؤية ذكره في البنابيع . وفي الكافي : إذا كان أردأ له الخيار لأنه إنما رضى بالصفة التي رآها لا غيرها ، وهذا التعليل يفيد أنه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف . والتحقق أنه في بعض الصور خيار عيب ، وهو لما إذا كان اختلاف الباقي يوصله إلى حد العيب وخيار رؤية إذا كان الاختلاف لا يوصله إلى اسم المعيب بل الدون ، وقد يجتمعان فيها إذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به صيما ثم أراه المبيع في الحال (وإن كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد لكن على الوجه الذي ذكرنا : أعني رؤية ما هو المقصود من كل واحد (والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخي) قال المصنف (وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة) وبه صرح في المحيط وفي المجرد هو الأصح . ثم السقوط بروية البعض في المكيل إذا كان في وعاء واحد ، أما إذا كان في وعاءين أو أكثر اختلفوا ، فشايخ العراق على أن رؤية أحدهما كروية الكل ، ومشايخ بلخ لا يكفى بل لابد من رؤية كل وعاء ، والصحيح أنه يبطل بروية البعض لأنه يعرف حال الباقي ، هذا إذا ظهر له أن ما في الوعاء الآخر مثله أو أجود ، أما إذا كان أردأ فهو على خياره ، وإن كان مما يتفاوت آحاده كالبطاطيخ والمان فلا يكفى رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ، ولو قال رضيت وأسقطت خيارى ، وفي شراء الرحي

(والنظر إلى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف البقية إلا أن يكون في طيه ما كان مقصودا كموضع العلم) وإذا نظر إلى وجه الآدمي بطل الخيار لأنه هو المقصود به في العبد والأمة وسائر الأعضاء تبعاً له ؛ ألا ترى أن تفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوى في سائر الأعضاء ، وإذا نظر إلى الوجه أو الكفل في الدابة بطل الخيار لأنهما مقصودان في الدواب . هذا هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله . وشرط بعضهم رؤية القوائم لأنها مقصودة في الدواب ، فإن كان المكيل والموزون والعددي المتقارب في وعاءين فرأها في أحدهما فإن كان ما في الآخر مثل ما رأى أو فوقه بطل الخيار ، وإن كان دونه فهو على الخيار ، لكن إذا ردّ ردّ الكل لثلاث تفرق الصفة ، وإذا اشترى شاة فلما أن تكون للحم أو للقنية أى الدر والنسل ، ففي الأول لابد من الجس لأن المقصود إنما يعرف به ، وفي الثاني

وفي شاة اللحم لآبد من الجلس لأن المقصود وهو اللحم يعرف به ، وفي شاة القنية لآبد من رؤية الضرع . وفيما يطعم لآبد من الذوق لأن ذلك هو المعرف للمقصود (قال وإن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها) وكذلك إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج . وعند زفر لآبد من دخول داخل البيوت ، والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عاداتهم في الأبنية ، فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ ، فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت ، والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل .

بآلاته لآبد من رؤية الكل ، وكذا السرج بأداته ولبدنه لآبد من رؤية الكل (وفي شاة اللحم لآبد من الجلس) باليد فلا يكتفى بالرؤية ما لم يحسها (لأن المقصود اللحم ، وفي شاة القنية لآبد من رؤية الضرع ، وفيما يطعم لآبد من الذوق لأن ذلك هو المعرف للمقصود) فلا يسقط الخيار بدون ذلك ، وكذا إذا رأى وجه الثوب مطويا لأن البادى يعرف ما في الطي ، فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه ، اللهم إلا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين ، أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم . ثم قيل : هذا في عرفهم ، أما في عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لأنه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر . وفي المبسوط : الجواب على قول زفر ، وفي البساط : لآبد من رؤية جميعه ، ولو نظر إلى ظهور المكاعب لا يبطل خياره ، ولو نظر إلى وجهها دون الصرم يبطل : قيل : وينبغي أن ينظر إلى الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا . وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها إلا إذا كانت البطانة مقصودة بأن كان فيها فرو ، وأما الوسادة المحشوة إذا رأى ظاهرها ، فإن كانت محشوة مما يحشى بها مثلها يبطل خياره ، وإن كان بمن لا يحشى به مثلها فله الخيار ، هذا إذا كان المبيع واحدا (قوله وإن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها ، وكذا إذا رأى خارج الدار ورأى أشجار البستان من خارج) لأن النظر إلى جميع أجزائها متعذر ، إذ لا يمكن النظر إلى ماتحت السرر وإلى ما بين الحيطان من الجندوع فيكتفى برؤية المقصود منها (وعند زفر لآبد من دخول البيوت ، والأصح أن جواب الكتاب على وفق عاداتهم في الأبنية) في الكوفة (فإن دورهم لم تكن متفاوتة) وأما في ديارنا (فلا بد من الدخول داخل الدار) كما قال زفر (لتفاوت الدور) بكثرة

لآبد من رؤية الضرع ، وفي المطعومات لآبد من الذوق لأنه المعرف للمقصود (قال : ومن رأى صحن الدار فلا خيار له) رؤية صحن الدار أو خارجها ورؤية أشجار البستان من خارج تسقط خيار الرؤية . لأن كل جزء من أجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرر وبين الحيطان من الجندوع والأسطوانات وحينئذ سقط شرط رؤية الكل فأقمنا رؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل ، فإذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو إلا في بلد يكون العلومقصودا كما في سمرقند . وقال زفر رحمه الله : وهو قول ابن أبي ليلى : لآبد من دخول داخل البيوت والأصح أن جواب الكتاب : أي القلديري على وفاق عاداتهم بالكوفة أو بغداد في الأبنية ، فإنها تختلف بالضيق والسعة ، وفيما وراء ذلك يكون كصفقة واحدة ، وهذا يصير معلوما بالنظر إلى جدرانها من خارج ، فأما اليوم يريد به ديارهم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في مالية الدور بقلة مراقفها وكثرتها ، فالنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم

(قوله يشترط رؤية الكل) أقول : هذا كلام بعض المشايخ على ما يعلم من معراج الدراية . ثم أقول : كلام الشارح في هذا المقام مخالف للمشروع .

قال (ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يردده إلا من عيب ، ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري ،

الموافق وقتها فلا يصير معلوما بالنظر إلى صحتها وهو الصحيح ، وهذا لا يفيد : إلا أن يقال : وكل من ذلك مقصود ، وعلى هذا ما ذكرنا من أنه لا يشترط رؤية العلو إلا في بلد يكون العلوم مقصودا كما في سمرقند ، ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر : وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الأظهر والأشبه كما قال الشافعي ، وهو المعتمد في ديار مصر والشام والعراق . وأما ما ذكر في الأشجار من الاكتفاء برؤية رعوس الأشجار أو رؤية خارجها فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال : المقصود من البستان باطنه فلا يكتفى برؤية ظاهره : وفي جامع قاضيخان : لا يكتفى برؤية الخارج ورعوس الأشجار انتهى : وفي الكرم لابد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئا ، وفي الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض : ولو اشترى دهنًا في زجاجة فرويته من خارج الزجاجة لا يكتفى حتى يصبه في كفه عند أبي حنيفة لأنه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل . وعن محمد : يكتفى لأن الزجاج لا يمتنع صورة الدهن ، وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة : وفي النخلة : لو نظر في المرأة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لأنه ما رأى عينه بل مثاله ، ولو اشترى سمكا في الماء يمكن أخذه من غير اصطياد فرآه في الماء ، قال بعضهم يسقط خياره لأنه رأى عين المبيع ، وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لأن المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما هو ، فهذه الرؤية لا تعرف المبيع : وأما إذا كان المبيع مغيبا في الأرض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرواية : وروى بشر عن أبي يوسف إن كان شيئا يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والزعفران والسلجم إن باعه بعد ما نبت نباتا يفهم به وجوده تحت الأرض جاز البيع ، فإن قلع البعض هل يثبت له الخيار حتى إذا رضى به يازم البيع في الكل إن قلع البائع أو المشتري بإذن البائع يثبت له الخيار ، فلو رضى به لزم البيع في الكل لماعرف أن رؤية بعض المكيل أو الموزون كروية الكل ، وإن قلعه المشتري بغير إذنه إن كان المقلوع شيئا له ثمن بطل خياره في الكل فلم يكن له أن يردده رضى بالمقلوع أو لم يرض وجد في ناحية من الأرض أقل منه أو لم يوجد ، لأن بالقلع صار المقلوع معيبا لأنه كان حيا ينمو وبعده صار مواتا . والتعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية ، وإن كان المقلوع شيئا لا ثمن له لا يبطل خياره لأن وجوده كعدمه . وإن كان شيئا يباع عددا إن قلعه البائع أو المشتري بإذنه له الخيار في الباقي ، حتى لو رضى به لا يلزم البيع في الكل لأنه عددي متفاوت ، فروية بعضه لا تكون كروية كله ، وإن قلعه المشتري بغير إذن البائع بطل خياره . وقد حكى فيه خلاف بين أبي حنيفة وبينهما فما ذكرنا قول أبي حنيفة : وقال أبو يوسف ومحمد : رؤية بعضه كروية كله ، وجعلاه كالمكيل والموزون والعددي المتقارب لأن ببعضها يستدل في العادة على الكل ، وإن اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري أخاف إن قلعه لا يصلح لي ولا أقدر على الرد ، وقال البائع لو قلعه فقد لارتضى يتطوع إنسان بالقلع فإن تشاحا فسخ القاضي العقد بينهما (قوله ونظر الوكيل) إلى المبيع مكشوبا : يعني الوكيل بالقبض كما فسر المصنف ، وهو من يقول نه الموكل وكلتلك بقبضه أو كن وكلا عني بقبضه (كنظر المشتري حتى لا يردده) المشتري بعد قبض الوكيل ورؤيته (إلا من عيب ، ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري) كنظر المرسل (والرسول هو من يقول له المشتري قل لفلان يدفع إليك المبيع أو أنت رسولي إليه في قبضه

بالباطن وهذه نكتة زفره قال (ونظر الوكيل كنظر المشتري) قيل صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكلا عني في قبض المبيع أو وكلتلك بذلك : وصورة الإرسال أن يقول كن رسولا عني أو أرسلتلك

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : هما سواء ، وله أن يردّه (قال معناه الوكيل بالقبض ، فأما الوكيل بالشراء فروثته تسقط الخيار بالإجماع . لهما أنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والإسقاط قصدا . وله أن القبض نوعان : تام وهو أن يقبضه وهو يراه ، وناقص ، وهو أن يقبضه مستورا وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه ، فكذا الوكيل : ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لإطلاق التوكيل :

أو أرسلت لك قبضه أو أمرتك بقبضه ، وعلى هذا إذا قال اذهب فاقبضه يكون رسولا لا وكيلا لأنه من ماصدقات أمرتك ، وقد قيل : لافرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار . ومنهم من حكى هذا القول فيما إذا قال أمرتك بمادة ألف ميم راء (وهذا عند أبي حنيفة ؛ وقالوا : هما) يعني الرسول والوكيل بالقبض (سواء) فيرد الموكل الذي له الخيار ما قبضه وكيله كما يرد ما قبضه رسوله (فأما الوكيل بالشراء فروثته تسقط الخيار بالإجماع . لهما أنه توكل) أي قبل الوكالة (بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به) وإذا لم يملكه لا يثبت عن فعله (وصار كخيار العيب والشرط) بأن اشترى معيما لم ير عيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل ، وكذا إذا وكل في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط (و) صار أيضا (كالإسقاط قصدا) بأن قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم رآه فأسقط الخيار قصدا . لا يسقط (وله أن القبض على نوعين) قبض (تام) وهو أن يقبضه وهو يراه ، وإنما كان هذا قبضا تاما لأن خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض ، فلما بطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاما (وناقص وهو أن يقبضه مستورا) وإذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمنا لسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه (ثم الموكل ملك القبض بنوعيه ، فكذا وكيله لإطلاق التوكيل) بخلاف

أو أمرتك بقبضه . وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما إذا قال أمرتك بقبضه إذا نظر الوكيل بالقبض إلى المبيع وقبضه يسقط خيار المشتري فلا يردّه إلا بعيب علمه الوكيل أو لم يعلم . وقال الفقيه أبو جعفر : إذا كان عيبا يعلمه الوكيل يجب أن يبطل خيار العيب بالقبض إليه ، فإذا نظر الرسول وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله أن يردّه عند أبي حنيفة ، وقالوا : نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ، ونظر الوكيل كنظره فهما سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله أن يردّه ولما كانت رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه الوكيل بالقبض ، فأما الوكيل بالشراء فروثته تسقط الخيار بالإجماع لأن حقوق العقد ترجع إليه (لهما أنه توكل) أي قبل الوكالة (بالقبض دون إسقاط الخيار) وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة (فلا يملك) إسقاط الخيار لأنه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كن اشترى شيئا ثم وكل وكيله بقبضه فقبض الوكيل معيما راثيا عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل ، وكن اشترى بخيار الشرط ووكّل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل ، وكما إذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فأسقط الخيار قصدا لا يسقط خيار الموكل . ودليل أبي حنيفة رحمه الله مبنى على مقدمة هي (أن القبض على نوعين : تام وهو أن يقبضه وهو يراه ، وناقص وهو أن يقبضه وهو مستور) (قوله وهذا) إشارة إلى تنوعه بالنوعين ، وبيانه (أن تمام القبض بتمام الصفقة ولا تتم) الصفقة (مع بقاء خيار الرؤية) لأن تمامها تناهيها في الزوم بحيث لا يرتد إلا برضاها أو قضاء ،

(قوله فيما إذا قال أمرتك بقبضه) أقول : فلا يسقط الخيار (قوله وهذا إشارة إلى تنوعه بالنوعين) أقول : ولعله إشارة إلى كون القبض وهو يراه تاما تأمل .

وإذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصدا بعد ذلك ، بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقاءه ،

ما إذا أسقط الخيار قصدا بأن قبضه مستورا ثم رآه فأسقط الخيار لأن قبضه (مستورا انتهى التوكيل) بالقبض (الناقص فلا يملك) الوكيل بعد ذلك (إسقاطه) لانقضاء ولايته ، ونقض بمسئلتين لم يقر الوكيل مقام الموكل فيهما : أحدهما أن الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برويته الخيار ، والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره . والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فأبطل الخيار بطل ، والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل . وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل إنما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة ، وليس هذا ثابتا في مجرد رؤيته قبل القبض ، ونقول : بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره إذا رآه إنما يتأق على القول بأن مجرد مضي ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح ، وبعين الجواب الأول يقع الفرق في المسئلة الثانية لأنه لم يثبت ضمنا للقبض الصحيح ، بل ثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص . وقوله (بخلاف خيار العيب لأنه) يثبت مع (تمام الصفقة) لأنه لم يشرع لتتيم القبض بل لتسليم الجزء الفائت ضمن القبض مع بقاء الخيار ، ولذا كان له أن يرد العيب وحده فيما إذا اشترى شيئين . وقوله في الكتاب إلا من عيب . قال فخر الإسلام : يحتمل

وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك ، وإذا ظهر هذا قلنا : الموكل ملك القبض بنوعيه ، وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند إطلاق التوكيل عملا بإطلاقه . فإن قيل : لا تسلم ذلك فإن الوكيل إذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه أسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك يسقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لاجالة . أجاب المصنف رحمه الله بأن الوكيل إذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقي أجنيا فلا يملك إسقاطه ، وفي هذا الجواب تعرض إلى رد قياهما على الإسقاط القصدي ، وإلى رد قولهما دون إسقاط الخيار . وتقريره أنه لم يتوكل بإسقاط الخيار قصدا أو ضمنا والأول مسلم ، ولكن إسقاط الخيار في القبض التام يثبت للوكيل في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار ، بخلاف الموكل ، وكمن شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا . والثاني ممنوع فإن من توكل بشيء توكل بما يتمه لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب وقوله (بخلاف خيار العيب) جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فإنه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يترد به إلا برضا أو قضاء ، وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد العيب خاصة بعد القبض ، ولم يجعل تفريقا للصفقة لأن تفريق الصفقة قبل تمامها ممتنع ، ولما لم يمتنع هاهنا دل أنها كانت تامة ، وهو من موضحات ذلك أن خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لإسقاطه ولا يستلزمه فلا يملك الوكيل ، وخيار الشرط لا يصلح مقيسا عليه لأنه على هذا الخلاف ذكر القدوري أن من اشترى شيئا على أنه بالخيار فوكل وكلا بقبضه بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف ، ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط ، والخيار لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون إلا بعد القبض فكذا وكيله ، وقيد بالتام لأن الموكل يملك الناقص فإن القبض مع بقاء الخيار ناقص كما أنه قبل الرؤية ناقص ، والرسول ليس كالوكيل فإن إتمام ما أرسل به ليس إليه وإنما إليه تبليغ الرسالة كالرسول

(قوله والثاني ممنوع ، فإن من توكل بشيء الخ) أقول : لو صح هذا لزم أن لا ينتهي التوكيل بالقبض الناقص كلام على السند الأخير فلا يحل نقبا (قوله لأن الاختيار) أقول : التتابع بالياء بنقطتين بعد التامين ، والاختيار بالياء المنقطة بنقطتين تحتانية بعد التاء من الخير .

وخيار الشرط على هذا الخلاف . ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده ، فكذا لا يملكه وكيله ، وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئا وإنما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض ، والتسليم إذا كان رسولا في البيع . قال (وبيع الأعمى وشرأؤه جائز وله الخيار إذا اشترى) لأنه اشترى ما لم يره وقد قرناه من قبل (ثم يسقط خياره بحسبه المبيع إذا كان يعرف بالجلس ، ويشمه إذا كان يعرف بالشم ، ويدوقه إذا كان يعرف بالنوق) كما في البصير (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له)

إلا من عيب لم يعلمه الوكيل ، فإن كان علمه يجب أن يبطل خيار العيب ، كذا ذكره الفقيه أبو جعفر ، ولم يسلم مسألة خيار العيب . والصواب عندنا أن لا يملك الوكيل بالقبض لإبطال خيار العيب فيكون معناه علم أو لم يعلم . وقوله (وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ) يعني وخيار الشرط لانص فيه ، فلنا أن نمثله فيكون على الخلاف ذكره القنوري ، وهو رواية الهندواني لأن القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لأن وجوده يميز الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه (ولئن سلم) أنه لا يبطل بالقبض التام وهو الأصح (فالموكل لا يملك التام منه) فإذا فرضنا أن التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل (بخلاف الرسول) بالبيع والشراء (فإنه لا يملك شيئا) من القبض لا التام ولا الناقص لأنه لم يؤمر بالقبض بل بأداء الرسالة ، ولذا لا يملك التسليم أيضا ، وصور الإرسال في البيع تقدمت أوائل كتاب البيوع ، وصورتها بالشراء أن يقول قل لفلان إني اشتريت منك كذا وكذا بمعين كذا وكذا (قوله وبيع الأعمى وشرأؤه جائز) باتفاق الأئمة الثلاثة . وقال الشافعي : لا يجوز إلا في السلم ، والشراء يمد في لغة الحجاز ، ويقصر لأهل نجد (وله الخيار إذا اشترى لأنه اشترى ما لم يره) فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق « من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه » (وقد قرناه من قبل) في أول الباب ، ولأن الناس تعارفوا معاملة العميان بيعا وشراء ، والتعارف بلا تكثير أصل في الشرع بمنزلة لإجماع المسلمين (ثم يسقط خياره بحسبه المبيع إذا كان يعرف بالجلس) كالشاة (ويشمه إذا كان يعرف بالشم) كالطبيب (ويدوقه إذا كان يعرف بالنوق) كالعسل . وقوله (كما في البصير) ظاهر في أن البصير إذا لم ير المبيع ولكن شم فقط وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه فرضي به ثم رأى فلا خيار له (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له)

بالعقد فإنه لا يملك القبض والتسليم . قال (وبيع الأعمى وشرأؤه جائز) بيع الأعمى وشرأؤه جائز عندنا (وله الخيار) وقال الشافعي رحمه الله : إن كان بصيرا فعلى فكذا الجواب ، وإن كان أكمه فلا يجوز بيعه ولا شرأؤه أصلا لأنه لا علم له بالألوان والصفات ، وهو محجوج بمعاملة الناس العميان من غير تكثير ، وبأن من أصله أن من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الأمر به لغيره ، فإذا احتاج الأعمى إلى ما يأكل ولا يتمكن من شراء المأكول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من القبح ما لا يخفى : ولنا (أنه اشترى ما لم يره ، ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قرناه من قبل) وفيه نظر لأن قوله عليه الصلاة والسلام « لم يره سلب » وهو يقتضي تصور الإيجاب وهو إنما يكون في البصير ، والأولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان من غير تكثير

(قال المصنف : وبيع الأعمى وشرأؤه جائز وله الخيار) أقول : فيه بحث ، فإن الخيار معلق بالرؤية ولا يثبت قبلها كما سلف ، إلا أن يراد بالخيار حق الفسخ مجازا . والحق أن يجب أن المراد بالرؤية العلم بالمقصود مجازا على ما قالوا فلا إشكال ، إلا أن قوله إذا اشترى يأبى عن هذا نوع إياه فليتأمل (قوله وفيه نظر لأن قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب) أقول : فيه بحث لأن التصور لا يستلزم التحقق ، ألا يرى أن قولنا شريك الباري ليس بوجود في الخارج صادق ويمتنع وجود الموضوع فيه ، والأول إيراد النظر في قوله عليه الصلاة والسلام « فله الخيار إذا رأى » فإن إذا تستعمل في التحقق فليتأمل ، فإن المراد بالرؤية العلم بالمقصود على ما صرحوا .

لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه وقال قد رضيت سقط خياره ، لأن التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريرك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الأخرس في الصلاة ، وإجراء الموسيقى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج : وقال الحسن : يوكل وكيفا بقبضه وهو يراه وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل كروية الموكل على مامر آتفا .

في جامع العتاني هو أن يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه ثم يذكر له صفته : ولا يخفى أن إيقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط ، واكتفى بذكر الوصف (لأن الوصف قد أقيم مقام الرؤية كما في السلم) ومن أنكره الكرخي ، وقال : وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في أنه لا يستفيد به علما (وعن أبي يوسف أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرأى العقار وقال رضيت سقط خياره ، لأن التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريرك الشفتين يقام مقام القراءة للأخرس ، وإجراء الموسيقى على رأس من لا شعر له) في الإحلال من الإحرام ، ولا يخفى ضعفه لأن العجز لا يتحقق إلا بتحقيق العجز عن الوصف فلما القائم مقام الشيء بمنزلته ، وقد ثبت شرعا اعتباره بمنزلته في السلم ، ووجوب إجراء الموسيقى مختلف فيه ، وكذا التحرير غير لازم للأمر . وعن أبي يوسف أيضا أنه اعتبر الوصف في غير العقار أيضا ولم يعتبر الشم ولا اللوق والجس لأن الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا . وقال مشايخ بلخ : يمس الحيطان والأشجار ، فإذا قال رضيت سقط خياره لأن الأعمى إذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك ، وهو رواية بشر وابن سميعة في الدار . وفي رواية هشام عن محمد أنه يعتبر الوصف مع كل من اللوق واللمس والجس ، لأن التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا إلا فيما لا يمكن جسسه كالتمر على رعوس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في أشهر الروايات ، وهو المروي عن أبي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير لأبي الليث (وقال الحسن : يوكل وكيفا بقبضه وهو يراه) فيسقط بذلك خياره . قال المصنف (وهذا أشبه بقول أبي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل) ولو وصف

فإن ذلك أصل في الشرع بمنزلة الإجماع ، ويسقط خياره بمباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود ، فإن كان المبيع مما يعلم بمسبه فخياره يسقط بمسبه ، وإن كان مما يعلم بالشم فبشمه وبذوقه في المذوقات . وأما إذا كان شجرا أو ثمرا على شجر أو عقارا فإن خياره لا يسقط حتى يوصف له لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم . وقال بعض أئمة بلخ : يمس الحائط والأشجار ، فإذا باشر بسبب العلم أو وصف له أو وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار . وروى عن أبي يوسف أنه إذا وقف في مكان لو كان الواقف بصيرا لراه وقد قال رضيت سقط خياره ، لأن التشبه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريرك الشفتين وإجراء الموسيقى في حق الآدمي والأصغر ، وإطلاق الرواية يدل على أنه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف . قال محمد في الجامع الصغير : قال أبو يوسف في الأعمى : يشتري الشيء لم يره فيقول قد رضيت قال : له أن يرده ، وإن كان في مكان لو كان بصيرا لراه ثم قال قد رضيت لم يكن له أن يرده . وقال الفقيه : قال بعضهم : يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه ومع ذلك يوصف له ، وهذا أحسن الأقاويل ، قال : وبه نأخذ . وقال الحسن : يوكل وكيفا بقبضه وهو يراه . وهذا أشبه بقول أبي حنيفة ، لأن رؤية الوكيل بالقبض كروية الموكل كما تقدم . ولو وصف له فقد رضيت ثم أبصر فلا خيار له لأن العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود . ولو اشترى بصيرا ثم عمى انتقل الخيار إلى الصفة لأن الأقل للخيار من النظر إلى صفة العجز ، وقد استوى في ذلك كونه أعمى وقت العقد وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية .

قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشترهما ثم رأى الآخر جازله أن يردهما) لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للثبوت في الثياب فبقى الخيار فيما لم يره ، ثم لا يردده وحده بل يردهما كي لا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام ، وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ، ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسحا من الأصل .

للأعشى ثم أبصر لا خيار له لأن خياره سقط فلا يعود إلا بسبب جديد ، ولو اشترى البصير ثم عمى انتقل الخيار إلى الوصف (قوله ومن رأى أحد الثوبين فاشترهما ثم رأى الآخر جازله أن يردهما ، لأن رؤية أحدهما ليست رؤية الآخر للثبوت في الثياب فبقى الخيار فيما لم يره) فله رده بحكم الخيار (ثم لا) يتمكن من رده وحده (فيردهما) إن شاء (كي لا يكون تفريقا للصفقة) على البائع (قبل التمام ، وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) كخيار الشرط بدليل أن له أن يفسخه (بغير قضاء ولا رضا ويكون فسحا من الأصل) لعدم تحقق الرضا

قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشترهما) قد تقدم أن في الجمع بين الأشياء المتفاوتة الأحاد في البيع رؤية بعضها لا يعرف الباقي بل لا بد من رؤية كل واحد منها ، وعلى هذا إذا رأى أحد الثوبين فاشترهما ثم رأى الآخر فله الخيار ، لكن لا يرد الذي رآه وحده ، بل يردهما إن شاء كي لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام ، وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة ، وأما لانتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ، ولكونها غير تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون الرد فسحا من الأصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه . فإن تفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث « نهى النبي ﷺ عايه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة » قيل : تفريق الصفقة منهي عنه وهو يقتضي ردهما جميعا إن شاء ، وقوله صلى الله عليه وسلم « من اشترى شيئا لم يره » الحديث يدل على أن له أن يرد الذي لم يره وحده ، فما وجه ترجيح حديث النهي على المحيز ؟ وأجيب بأن موجب النهي مطرد في جميع صورته ، وموجب المحيز ليس كذلك فإنه لا يملك الرد إذا تعيب أو أعتق أحد العبدین أو ذبره والمطرد راجح وبأنه محرم والمحرم راجح على المبيع ، أو لأنه متأخر عن المبيع لثلا بازم تكرير النسخ وبأن الرد كما كان غير ممكن ؟ لأن رد أحد الثوبين لا يكون ردا لأنه اشترى ثوبين لا أحدهما ، والرد إنما يصبح أن لو كان ذلك المردود على الحالة الأولى قبل النهي عن تفريقها مطلقا ، وقد قيدتم بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر ، ومثله مرجوح . والجواب أن النهي إنما هو عن التفريق والتقييد بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة ، فإنه إذا أوجب البيع في شيتين لا يملك المشتري القبول في أحدهما لما فيه من الإضرار بالبائع لحزبان العادة فيما بين الناس بضم الردى إلى الجيد وترويجا له بالجيد ، فإذا علم أن المانع من رد

(قوله وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة) أقول : تقدم بورقة تخميننا ، وهو قوله ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية ، لأن تمامها تنافيها في الزوم (قال المصنف : وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) أقول : قال العلامة الكاكي : يعني فيما إذا قبضه مستورا ، كذا قيل ، ولا حاجة إلى هذا لأن خيار الرؤية يبق إلى أن يبرجدا ما يبطله انتهى ، وفيه بحث يظهر ملاحظة ملامر في مسئلة نظر الوكيل (قوله فإن تفريق الصفقة منهي عنه) أقول : تعليل لقوله لثلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام « من اشترى شيئا لم يره » الحديث ، يدل على أن له أن يرد الذي لم يره وحده ، فما وجه ترجيح حديث النهي) أقول : وأنت خير بأن المفهوم لا يعارض المنطوق حتى يحتاج إلى الترجيح ، وأيضا المشتري هنا هو المجموع دون كل واحد ، فرؤية أحدهما دون الآخر كروية وجه الدابة دون كفلها أو بالعكس فليتأمل (قوله أو لأنه متأخر عن المبيع الخ) أقول : في التوضيح في فصل المعارضه والترجيح كلام متعلق بهذا المقام فراجع (قوله والجواب أن النهي إنما هو عن التفريق ، إلى قوله : قبل التمام بالقياس) أقول : تقييد المطلق نسخ وذلك لاجتياز بالقياس ثم لا يظهر بما ذكر في معرض الجواب دفع ما قيل .

(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لأنه لايجرى فيه الإرث عندنا ، وقد ذكرناه في خيار الشرط (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة ، فإن كان على الصفة التي رآه فلا خيار له) لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة ، وبفواته يثبت الخيار

قبله لعدم العلم بصفات المبيع ولذا لا يحتاج إلى القضاء والرضا ، فإن قيل : ما الفرق بين هذا وبين ما إذا استحق أحدهما لا يرد الباقي ، وهنا وفي خيار الشرط يرد الآخر إذا رد أحدهما بعد القبض . أجب أن رد أحدهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم أن الصفقة لا تتم معهما ، وفي الاستحقاق : لو رد كان بعد التمام لأن الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهراً فلم يثبت في الباقي عيب الشركة ، حتى لو كان المبيع عبداً واحداً فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضاً كما في خيار الرؤية والشرط ، لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب ، والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق ، ولو كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام ، ولو كان المبيع مكيناً أو موزوناً فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لأن الشركة ليست بعيب فيه ، ولو استحق قبل القبض يخير لتفريق الصفقة قبل التمام ، ولو وجد بأحدهما عيباً في مسألة الكتاب قبل القبض ليس له أن يرده وحده لتفريق الصفقة قبل التمام لأنها لا تتم قبل القبض . هذا والمعنى في تفريق الصفقة قبل التمام وجوازها بعده لدفع الضرر الأكبر ، وذلك أن في تفريقها ثبوت ضررين دائماً ، غير أنه قبل التمام يكون ضرر البائع أكثر فإنه ضرر مال فإنه قد لا يروج أحدهما إلا بالآخر لجودة أحدهما ورداءة الآخر ، وهو فوق ضرر المشتري فإن ضرره ليس إلا ببطلان مجرد قوله إذا ألزمناه ردهما ، وبعد القبض ضرر المشتري أكثر لأنه متى رد الكل يبطل حقه عن اليد وضرر البائع موهوم إذ قد يبيع المردود بثمن جيد فعملنا بدفع أعلى الضررين فيهما (قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لأنه لايجرى فيه الإرث على ما ذكرناه من الوجه (في خيار الشرط) وتقدم أن خيار الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق (قوله ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فإن وجده على الصفة التي رآه) عليها (فلا خيار له) لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة فلم

أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق ، فإن من اشترى ثوبين فاستحق أحدهما لا يرد الباقي ، وفيما نحن فيه إذا رد أحدهما فلا بد من رد الآخر أيضاً لأن فيما نحن فيه رد أحدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لأنها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية . وفي فصل الاستحقاق لم تتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة ، حتى لو كان المبيع عبداً واحداً فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به ، لكن في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري ، فإن شاء رضى وإن شاء رد . وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم للبائع . قال (ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) قد تقدم أن خيار الشرط لا يقبل الانتقال لأنه مشيئة ، وهو عرض والعرض لا ينتقل والإرث فيما ينتقل ، فكذا خيار الرؤية ، وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج إلى إعادته . قال (ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة ، فإن كان على تلك الصفة التي رآه) عليها سقط الخيار لأن العلم بأوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة ، وبفوات العلم بالأوصاف يثبت الخيار ، فبين العلم بالأوصاف

(قوله يندفع ما استشكل بالاستحقاق) أقول : أى يظهر اندفاعه .

إلا إذا كان لا يعلمه مرثيه لعدم الرضا به (وإن وجده متغيرا فله الخيار) لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره ، وإن اختلفا في التغير فالقول للبائع لأن التغير حادث وسبب لزوم ظاهر ،

يتناول قوله صلى الله عليه وسلم « من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه » لأنه بإطلاقه يتناول الرؤية عند العقد وقبله (إلا إذا كان) المشتري (لا يعلمه مرثيه) أى لا يعلم أن المبيع كما قد رآه فيما مضى كأن رأى جارية ثم اشترى جارية منتقبة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهرت إياها كان له الخيار (لعدم) ما يوجب الحكم عليه (بالرضا) أو رأى ثوبا فلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك (وإن وجده متغيرا) عن الحالة التي كان رآه عليها (فله الخيار لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه) فكانت رؤيته وعلمها سواء (فإن اختلفا في التغير) فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير (فالقول للبائع لأن) دعوى (التغير) بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود من البيع دعوى أمر (حادث) بعده والأصل عدمه فلا تقبل لإبينة (بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية) فقال البائع رأيت وقال المشتري لم أره فالقول للمشتري مع يمينه لأن البائع يدعى أمرا عارضا هو العلم بصفته (والمشتري ينكره فالقول له) وكذا لو أراد أن يرده فقال البائع ليس هذا الذي بعته . وقال المشتري بل هو هو القول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات أو فيه خيار الشرط أو الرؤية . ولقائل أن يقول : الغالب في البياعات كون المشتريين رأوا المبيع فدعوى البائع رؤية المشتري تملك بالظاهر لأن الغالب هو الظاهر ، والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالأصل إلا إن لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية ، بخلاف ما إذا كان له خيار العيب فإن القول للبائع في أنه غير المبيع مع يمينه ، وهذا لأن المشتري في الخيارين يفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف ، وإذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض ، فالقول فيه قول القابض ضميننا كان أو أميننا كالغاصب والمودع ، بخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشتري بفسخه ولكته يدعى ثبوت حق الفسخ في الذي أحضره والبائع ينكره .

وثبوت الخيار منافاة ، ويثبت أحد المتنافيين وهو العلم بالأوصاف بتلك الرؤية فينتفي الآخر وهو ثبوت الخيار إلا إذا كان لا يعلم أنه هو الذي رآه كما إذا اشترى ثوبا ملفوفا كان رآه من قبل ، وهو لا يعلم أن المشتري ذلك المرئي فإن له الخيار حينئذ لعدم الرضا به ، وإنما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى أن يتوهم أن علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالأوصاف ، وهاهنا لما كان المبيع مرثيا من قبل لم يتغير عنها كان العلم بها حاصلا فلا يكون له الخيار ، وذلك لأن الأمر وإن كان كذلك لكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم أنه مرثيه لم يرض به فكان له الخيار وإن وجده متغيرا فله الخيار لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره ، وإن اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه ، لأن التغير حادث لأنه إنما يكون بعيب أو تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر ومتمسك بالأصل ، لأن سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه ، وقيل هو الرؤية السابقة ، وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة ظاهر ، والأصل لزوم العقد ، والقول قول المنكر مع يمينه والبيئة بينة مدعى

(قال المصنف : لأن تلك الرؤية لم تقع معلما) أقول : الظاهر أن يقول معلمة (قوله وقيل هو الرؤية السابقة) أقول : لا يظهر الفرق بين المعنيين الأولين لأن المراد برؤية جزء من المعقود عليه هي الرؤية السابقة ، وبالرؤية السابقة هي رؤية جزء المعقود عليه (قوله وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة) أقول : عندى أنه البيع البات الخالي عن المفسد الواقع في محل مرئي فليشأمل .

إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا لأن الظاهر شاهد للمشتري ، بخلاف ما إذا اختلفا في الروية لأنها أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله . قال (ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يزد شيئا منها إلا من عيب ، وكذلك خيار الشرط) لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه ، وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن خيار الروية والشرط يمتنعان تمامها ، بخلاف خيار العيب لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة :

وقوله (إلا إذا بعدت المدة) استثناء من قوله القول قول البائع : أى إلا في صورة ما إذا طالت المدة (على ما قالوا) أى المشايخ (لأن الظاهر شاهد للمشتري) إذ الظاهر أنه لا يبقى الشيء في دار التغير وهي الدنيا زمانا طويلا لم يطره تغير . قال محمد رحمه الله تعالى : أرأيت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشرين سنة وقال تغيرت أن لا يصدق ، بل يصدق لأن الظاهر شاهد له . قال شمس الأئمة وبه أفق الصدر الشهيد والإمام المرغيناني فنقول : إن كان لا يتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبائع ، وإن كان التفاوت غالبا فالقول للمشتري . مثاله : لو رأى دابة أو مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبائع لأن الشهر في مثله قليل (قوله ومن اشترى عدل زطي لم يره وقبضه فباع ثوبا منه أو وهبه) ثم رأى الباقي (ليس له أن يرد شيئا منها إلا من عيب) وكذا لو اشترى العدل المذكور على أن له الخيار ثلاثة أيام وهو شرط الخيار والباقي بحاله : أعنى فباع بعضها أو وهبه سقط خياره في الباقي وليس له أن يرد بخيار الشرط بل إن اطلع على عيب ، وهذا (لأنه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه) فلو رد الباقي فقط كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام ، لما مر من (أن) قيام (خيار الروية والشرط يمتنع تمامها وإن كان بعد القبض) بخلاف خيار العيب فإن الصفقة تتم معه بعد القبض ، وفيه (أى في المقبوض) (وضع المسئلة) لأنها لو لم تكن مقيدة به لم تصبح صورتها إذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهبته ، ولأنه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهو أنه لا يرد أحدهما بل يردهما بخيار الروية إن شاء فلا يصح حينئذ قوله إلا من عيب ، لأنه إذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد بأحدهما عيبا لا يرد الميعيب خاصة بل يردهما إن شاء . لا يقال : في عدم رد الباقي عند رويته ترك العمل بمحدث الخيار لحديث النهى عن تفريق الصفقة مع أنه متروك الظاهر فإن تفريقها جائز بعد تمامها وحديث الخيار أقوى : قلنا : لم نقل بعدم رده مطلقا ، بل قلنا : إذا رده يرد معه الآخر ، فزدنا شرطا في الرد

العارض (قوله إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا) أى المتأخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فإنه حينئذ يكون القول قول المشتري ، لأن الظاهر يشهد له ، فإن الشيء يتغير بطول الزمان ، ومن يشهد له الظاهر فالقول قوله ، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي وقال : أرأيت لو كانت جارية شابة رآها فاشترها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع أنها لم تتغير كان يصدق على ذلك . وقوله (بخلاف ما إذا اختلفا في الروية) متصل بقوله فالقول قول البائع : يعنى إذا اختلف البائع والمشتري في روية المشتري فالقول قول المشتري لأن البائع يدعى عليه العلم بالصفات وأنه ساعد والمشتري منكر فكان القول قوله منع البين : قال (ومن اشترى عدل زطي) العدل بالكسر المثل ، ومنه عدل المتاع . والزط : جيل من الهند ينسب إليهم الثياب الزطية . ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا ، كذا لفظ الجامع الصغير . وهو مراد المصنف ، لأنه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه ببيع أو هبة ، فإذا قبضه فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يزد شيئا منها : أى من الثياب الزطية إلا من عيب . ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا إلى العدل ، وأنت في قوله منها نظرا إلى الثياب ، فإنه إذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل ، وكذا إذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه أو وهب وذلك لأن الرد تعذر فيما خرج من ملكه ، وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن الخيارين يمتنعان تمامها كما مر . وأما خيار العيب فإنه لا يمتنع تمامها بعد

فلو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية ، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي . وعن أبي يوسف أنه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط ، وعليه اعتمد القنوري .

(باب خيار العيب)

عملا بحديث الصفقة لنكون عاملين بالحديثين معاً جمعاً بينهما . والعدل : المثل ، والمراد هنا الغرارة التي هي عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوه : أي يعادها وفيها أثواب . والظرف في المغرب : جيل من الهند تنسب إليهم الثياب الزطية ، وقيل جيل بسواد العراق . وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أنه في قوله لم يرد شيئاً منها على معناه ، فكان نظير قوله تعالى - وكم من قرية أهلكناها فجاءها بأسنا بياتاً أو هم قائلون - هذا (ولو عاد) الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه (إلى المشتري بسبب هو فسخ) محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة (فهو) أي المشتري للعدل (على خياره) أي خيار الرؤية فله أن يرد الكل حينئذ بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الأصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي . وعن أبي يوسف) وهو رواية على بن الجعد عنه (أنه) أي خيار الرؤية (لا يعود) لأن الساقط لا يعود (كخيار الشرط) إلا بسبب جديد ، وصححه قاضيخان (وعليه اعتمد القنوري) وحقيقة الملاحظ مختلف ، فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية عمله ، ولحظ على هذه الرواية مسقطاً ، وإذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه ، لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها ، والله الموفق .

(باب خيار العيب)

تقدم وجه ترتيب الخيارات والإضافة في خيار العيب لإضافة الشيء إلى سببه والعيب والعيب والعاب بمعنى واحد ، يقال عاب المتاع : أي صار ذا عيب ، وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيب أيضاً على

القبض ، وفيه وضع محمد المسئلة لأنه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه (فلو عاد) الثوب الذي باعه (إلى المشتري بسبب هو فسخ) بأن رد المشتري الثاني بالعيب بالقضاء أو رجوع في الهبة فهو أي المشتري الأول أو الواهب على خياره ، فجاز أن يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الأصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي : وعن أبي يوسف أن خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه) لأن الساقط لا يعود (كخيار الشرط وعليه اعتمد القنوري) .

(باب خيار العيب)

آخر خيار العيب لأنه يمنع اللزوم بعد التمام ، وإضافة الخيار إلى العيب من قبيل إضافة الشيء إلى سببه . إذا أطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ، إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة : أي سلامة المعقود عليه عن العيب ، لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من عداة بن خالد بن هوذة عبداً وكتب في عهده « هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداة بن خالد بن هوذة عبداً

(باب خيار العيب)

العيب : ما يخلو عنه أصل القطرة النليمة .

(وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ، إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة ، فعند فوته يتخير

الأصل ، والعيب : ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا (قوله وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع) ولم يكن شرط البراءة من كل عيب (فهو بالخيار ، إن شاء أخذه) ذلك المبيع (بجميع الثمن ، وإن شاء رده) هذا إذا لم يتمكن من إزالته بلا مشقة ، فإن تمكن فلا كإحرام الجارية فإنه بسبيل من تحليلها ونجاسة الثوب ، وينبغي حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينتقص ، وإنما ثبت له هذا الخيار (لأن مطلق العقد) وهو ما لم يشرط فيه عيب (يقتضى وصف السلامة ، فعند فواته يتخير) بيان الأول من المنقول والمعنى ، أما المنقول فاعلقه البخارى حيث قال : ويذكر عن العداء بن خالد قال : « كتب لى النبي صلى الله عليه وسلم : هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد ، بيع المسلم من المسلم عبدا لا داء ولا خبثة ولا غائلة » ثم قال البخارى : وقال قتادة : الغائلة الزنا والسرقة والإباق . وروى ابن شاهين فى المعجم عن أبيه قال : حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشى قال : حدثنا عباد بن ليث قال : حدثنا عبد الحميد بن وهب أبو وهب قال : قال لى العداء بن خالد بن هوزة : ألا أقرئك كتابا كتبه لى رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : قلت بلى ، فأخرج لى كتابا « هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوزة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم » فى هذا أن المشتري العداء : وفى الأول أنه النبي صلى الله عليه وسلم . وصحح فى المغرب أن المشتري كان العداء وتعلق البخارى إنما يكون صحيحا إذا لم يكن بصيغة التريض كيد كرى بل بنحو قوله ، وقال معاذ لأهل اليمن - فى قوله عليه الصلاة والسلام « بيع المسلم المسلم » دليل على أن بيع المسلم المسلم ما كان سليما ، ويدل عليه قضاؤه عليه الصلاة والسلام بالرد فيه على ما فى سنن أبى داود بسنده إلى عائشة « أن رجلا ابتاع غلاما فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ، ثم وجد به عيبا ، فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فردّه عليه ، فقال الرجل : يا رسول الله قد استغل غلامى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الخراج بالضمان » وفسر الخطابى الداء بما يكون بالريق من الأدواء التى يرد بها كالجئون والجذام ونحوها ، والخبثة ما كان خبيث الأصل مثل أن يسبى من له عهد يقال هذا سبى خبثة إذا كان ممن يحرم سبيه ، وهذا سبى طيبة بوزن خيرة ضده . ومعنى الغائلة ما يغتال حقلك من حيلة وما يدلس عليك

لاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم » وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن أبى حنيفة المرض فى الجوف والكبد والرئة . فإن المرض ما يكون فى سائر البدن والداء ما يكون فى الجوف والكبد والرئة . وفيما روى عن أبى يوسف أنه قال : الداء المرض ، والغائلة ما تكون من قبيل الأفعال كالإباق والسرقة ، والخبثة هى الامتحتاق ، وقيل هى الجنون ، وفى هذا تنصيص على أن البيع يقتضى سلامة المبيع عن العيب ، ووصف السلامة يفوت بوجود العيب . فعند فواته يتخير لأن الرضا داخل فى حقيقة البيع ، وعند فواته ينتفى الرضا فيتضرر بلزوم مالا يرضى به . فإن قيل : تقرير كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع ، لأن مطلق العقد إذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له ، فإذا فات اللازم انتفى الملزوم . فالجواب أن المطلق ينصرف إلى الكامل وهو العقد

(قوله ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته) أقول : ضمير فواته راجع إلى وصف (قوله لأن الرضا داخل فى حقيقة البيع) أقول : أى البيع اللازم (قوله ينتفى الرضا) أقول : أى ظاهرا (قوله إذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما) أقول : هذا غير مسلم وإنما يكون كذلك لو اقتضاه اقتضاء تاما لا يجوز أن يتخلف عنه ومن أين يثبت ذلك ؟ .

كفى لا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به ، وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ، ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ، ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره ، والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضا به .

في المبيع من عيب ، وتفسيره للداء يوافق تفسير أبي يوسف له . وأما أبو حنيفة ففسره فيما رواه الحسن عنه بالمرض في الحوف والكبد والرقبة ، وفسر أبو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الأفعال كالإباق والسرقة وهو قول الزخشرى . الغائلة : الخصلة التي تغول المال : أى تهلكه من إباق وغيره ، والخبثة : هو الاستحقاق ، وقيل هو الجنون ، وأما المعنى : فلأن السلامة لما كانت هي الأصل في المخلوق انصرف مطلق العقد إليها ، ولأن العادة أن القصد إلى ما هو متحقق من كل وجه لأن دفع الحاجة على التمام به يكون ، والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف إليه إلا بذكره وتعيينه ، ولما كان القصد إلى السلم هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده (كفى لا يتضرر بإلزام ما لم يرض به) (قوله وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان) أى نقصان العيب ، وبه قال الشافعى خلافا لأحمد ، لأن الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر من غير التزام له ، والبائع يلتزمه لأنه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه إلا به وإن كان معيبا . وهذا لأن الظاهر معرفته بالعيب فأنزل عالما به لطول ممارسته له في مدة كونه في يده ، ولذا بعينه اتفق العلماء على أنه إذا باعه على أنه معيب فوجده سليما لا خيار له . ولا يقال إنه ما رضى بالثمن المسمى إلا على اعتبار أنه معيب فلا يكون راضيا به حين وجده سليما لأنه أنزل عالما بوصف السلامة فيه فحيث باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشيء ، كما جعل عالما بالعيب فأنزل غير راض فيه معيبا إلا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل يتخير في أخذه أو رده ، فإن بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الأوجه . وذكر المصنف قبل قوله (ولأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد) فليس له أن يأخذ في مقابلة فواته شيئا ، وهذا لأن الثمن عين فإنما يقابله مثله ، والوصف دونه فإنه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به إلا تبعا لمعروضه غير منفرد عنه . وقوله بمجرد العقد احتراز عما إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة ، كما لو ضرب البائع الدابة فتعيبت فإن الوصف حينئذ يفرد بالضمان ويتخير المشتري ، وكذا إذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فإنه يسقط نصف الثمن لأنه صار مقصودا بالتناول ، أو حكما بأن امتنع الرد لحق البائع

اللازم ، ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد (وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان) لأن الفاتى وصف ، إذ العيب إما أن يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع أو بغيره من حيث الظاهر كالعمى والور والشلل والزمانة والأصبع الناقصة والسن السوداء والسن الساقطة ، وإما أن يكون بما يوجب النقصان معنى لاصورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنا والدفر والبيخر في الجارية ، وفي ذلك كله فوات وصف والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ، لأن الثمن إما أن يقابل بالوصف والأصل أو بالأول دون الثاني أو بالعكس ، لاسيما إلى الأول والثاني لتلا يودى إلى مزاحمة التبع الأصل فتعين الثالث (قوله في مجرد العقد) احتراز عما إذا كانت الأوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم (قوله ولأنه لم يرض بزواله) دليل آخر على عدم جواز إمساكه بأخذ النقصان أى قيمته

(قوله وفي ذلك كله فوات وصف) أقول : وكون فوات الجزء فوات الوصف يعلم مما أسلفه الشارح في أوائل كتاب البيع (قوله لتلا يودى إلى مزاحمة التبع الأصل) أقول : أنت خير بأن المزاحمة في الأول وفي الثاني ترجيح التبع على الأصل فليتأمل (قوله كما تقدم) أقول : في أوائل كتاب البيع .

قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) لأن الضرر بنقصان المالية . وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله (والإباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ ، فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه : إذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يردّه لأنه عين ذلك ، وإن حدثت بعد بلوغه لم يردّه لأنه غيره ، وهذا لأن سبب هذه

كأن تعيب عند المشتري بعيب آخر أُلحق الشرع بأن جنى خناية . ولذا قلنا : إن من اشترى بقره فحلبها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يردّها لأن تلك الزيادة التي أُلحقها جزء مبيع لا أنها تبع محض :

[فرع] لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز ، وبه قال مالك والشافعي في وجه ، وفي وجهه لا يجوز ، والاتفاق على علمه في خيار الشرط والرؤية (قوله وكل ما أوجب نقصان الثمن) الذي اشترى به (في عادة التجار فهو عيب) وهذا ضابط العيب الذي يرد به ، وهذا لأن ثبوت الرد بالعيب لضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به : والمرجع في كونه عيباً أولاً لأهل الخبرة بذلك وهم التجار أو أرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات . وبهذا قالت الأئمة الثلاثة : ومواء كان ينقص العين أو لا ينقصها ولا ينقص منافعتها بل مجرد النظر إليها كالظفر الأسود للصحيح القوى على العمل ، وكذا في جارية تركية لا تعرف لسان الترك (قوله والإباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) وقوله (ما لم يبلغ) بمعنى مدة علم بلوغه يجري مجرى البطل من الصغير ، وإذا كان ذلك عيباً في الصغير فظهرت عند البائع ثم وجدت أيضاً عند المشتري في الصغير أن يردّه به . ثم قال القلوري (فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) وقد أعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال (ومعناه) أي معنى قوله فإذا بلغ إلى آخره ، وحاصله أنه إذا ظهرت هذه الأشياء عند البائع في صغره ووجدت عند المشتري بعد البلوغ لم يردّه به لأنه غير ذلك الذي كان عند البائع وبينه (بأن سبب هذه

أو أرشه . وتقديره أن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسمى ، وفي إمساكه وأخذ النقصان زواله بالأقل فلم يكن مرضيه ، وعدم رضا البائع بزوال المبيع مناف لوجود البيع فيكون إلزاماً على البائع بلا بيع ، وفيه من الضرر ما لا يخفى ، والمشتري وإن كان يتضرر بالعيب أيضاً لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في أخذ النقصان . قيل : البائع إذا باع معيباً فإذا هو سليم البائع يتضرر لما أن الظاهر أنه نقص الثمن على ظن أنه معيب ولا خيار له . وعلى هذا فالواجب إما شمول الخيار لهما أو عدمه لهما : وأجيب بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فأنزل عالماً بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وإن ظهر بخلافه : وأما المشتري فإنه ما رأى المبيع ، فلو ألزمت العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ، ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض ، لأن ذلك : أي رؤية العيب عند إحدى الحالين رضا بالعيب دلالة . قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن) العيب ما يخلو عنه أصل القطرة السليمة : وذكر المصنف رحمه الله ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الإجمال فقال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن الضرر بنقصان المالية) ونقصان المالية (بانتقاص القيمة ، فالتقص بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله) قال (والإباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) الذي

الأشياء يختلف بالصغير والكبير ، فالبول في الفراش في الصغير لضعف المثانة ، وبعد الكبير لداء في باطنه ، والإباق في الصغير لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة ، وهما بعد الكبير لخبث في الباطن ، والمراد من الصغير من يعقل ، فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا أبق فلا يتحقق عيبا .

الأشياء يختلف بالصغير والكبير ، فالبول في الفراش (للصغير) لضعف المثانة ، وبعد الكبير لداء في الباطن ، والإباق في الصغير لحب اللعب والسرقة (في الصغير) لقلة المبالاة ، وهما بعد الكبير لخبث في الباطن (فإذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعده غير الموجود منها قبله ، وإذا كان غيره فلا يرد به لأنه عيب حادث عنده ، بخلاف ما إذا ظهرت عند البائع والمشتري في الصغير أو ظهرت عندهما بعد البلوغ ، فإن له أن يرده بها ، وإذا عرف الحكم وجب أن يقرر اللفظ المذكور في المختصر وهو قوله فإذا بلغ فليس ذلك الذي كان قبله عند البائع بعيب إذا وجدته عند المشتري حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشتري بعد ما وجد بعده عند البائع ، واكتفى بلفظ المعاودة لأن المعاودة لا تكون حقيقة إلا إذا اتحد الأمر ، لأنه لا يقال عاود في ما إذا ابتداء غيره ، فعرض تحقق المعاودة بعد البلوغ يوجب وجوده منه قبل البلوغ أيضا وإلا فلا معاودة . وقوله ليس بعيب : أي لا يرد به ، وقوله والمراد من الصغير إلى آخره تقييد للصغير الذي ذكر أنه إذا وجد منه شيء من هذه الأمور عند البائع والمشتري يرد . يأن يكون صغيرا يعقل ، وأما الصغير الذي لا يعقل فهو إذا فقد ضال لا أبق ، وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا . قال في الإيضاح : السرقة والبول في الفراش قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لأنه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب مادام صغيرا ، وكذا روى أبو يوسف في الأمالي عن أبي حنيفة . وفي بعض المواضع : ويستنجي وحده ، وإذا قدر بها حذو ما قدر به في الحضانة اقتضى أن يكون ابن سبع سنين إذا صدر منه ذلك لا يرد به ؛ لأنهم قدروا الذي يأكل وحده إلى آخره بذلك ، لكن وضع التصريح في غير موضع بتقديره بدون خمس سنين . وفي القوائد الظهيرية هنا مسألة عجيبة ، هي أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له الرد ، ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له أن يرجع بالنقصان ، فإذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ ، لا رواية فيها ، قال : وكان والذي يقول : ينبغي أن يسترد استدلالا بمسئلتين إحداهما إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردها ، ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان ، فإذا رجع به ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب ، فكذا فيما نحن فيه . والثانية إذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ، ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان ، فإذا رجع ثم برئ بالمداواة لا يسترد وإلا

يعقل إذا أبق من مولاه ما دون السفر من المصر إلى القرية أو بالعكس ، فذلك عيب لأنه يفوت المنافع على المولى ، والسفر وما دونه فيه سواء ، فلو أبق الجارية من الغاصب إلى مولاه فليس بإباق ، وإن أبقته منه ولم ترجع إلى مولاه عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع إليه فهو عيب ، وإن فات أحدهما فليس بعيب ، وإذا بال في الفراش وهو مميز يأكل وحده ويشرب وحده فكذا ، وإذا سرق درهما من مولاه أو من غيره فكذا لا إخلالها بالمقصود لأنه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده في سرقة مال غيره فيكون عيبا بلا تفرقة بين المولى وغيره إلا في المأكولات للأكل ، فإن سرقها من مولاه ليست بعيب ، فإذا وجدت هذه الأشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال صغره فهو عيب يرد به ، وإذا وجدت عندهما في حال كبره فكذا . وأما إذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يرد به لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغير والكبير على

قال (والجنون في الصغر عيب أبداً) ومعناه : إذا جنّ في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر يرده لأنه عين الأول ، إذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن ، وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري ، لأن الله تعالى قادر على إزالته وإن كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد

استرد ، والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغي أن يسترد انتهى : وفي فتاوى قاضيخان : اشترى جارية وادعى أنها لا تحيض . واسترد بعض الثمن ثم حاضت ، قالوا : إذا كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك . وفيها أيضاً اشترى عيذاً وقبضه فحمّ عنده وكان يحجم عند البائع قال الإمام أبو بكر محمد بن الفضل : المسئلة محفوظة عن أصحابنا أنه إن حم في الوقت الذي كان يحجم فيه عند البائع كان له أن يرده ، وفي غيره فلا ، فقليل له : فلو اشترى أرضاً فزرت عند المشتري وقد كانت تزج عند البائع ، قال : له أن يرد لأن سبب الزج واحد وهو تسفل الأرض وقرب الماء ، إلا أن يجيء ماء غالب أو كان المشتري رفع شيئاً من ترابها فيكون الزج غير ذلك أو يشتبه فلا يردى أنه عينه أو غيره . قال القاضي الإمام : يشكّل بما في الزيادات : اشترى جارية بيضاء إحدى العينين ولا يعلم ذلك فانجلى البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد ، وجعل الثاني غير الأول . ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين وهو يعلم ذلك فلم يقبضها حتى انجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشتري الرد ، وجعل الثاني عين الأول الذي رضى به إذا كان الثاني عند البائع ولم يجعله عينه لإعاده البياض عند المشتري وقال لا يرد ثم قال القاضي الإمام كنت أشاور شمس الأئمة الحلواني وهو يشاور معي فيما كان مشكلاً إذا اجتمعنا فشاورة في هذه المسئلة فما استغدت منه فرقا (قوله والجنون عيب أبداً) هذا لفظ محمد رحمه الله ، فلو جنّ في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر أو في الكبر يرده لأنه عين الأول لأن السبب للجنون في حال الصغر والكبر متحد (وهو فساد الباطن) أي باطن الدماغ ، فهذا معنى لفظ أبداً المذكور في لفظ محمد (وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة) للجنون (في يد المشتري) كما ذهب إليه طائفة من المشايخ ، فأثبتوا حتى الرد بمجرد وجود الجنون عند البائع وإن لم يجنّ عند المشتري فهذا غلط (لأن الله تعالى قادر على إزالته) أي لإزالة سببه (وإن كان قلما يزول) وقد حققنا كثيراً من النساء والرجال جنوا ثم عوفوا بالمداواة ، فإن لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد إزالة الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب (فلا بد من معاودة الجنون بالرد) وهذا هو الصحيح ، وهو المذكور في الأصل والجامع الكبير ، واختاره الإسيبجاني . قال محمد بعد قوله إذا جنّ مرة واحدة فهو عيب لازم أبداً بأسطر ، وإن طعن المشتري بإيق أو جنون ولا يعلم القاضي ذلك فإنه لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهدان أنه قد أبق عند المشتري أو جنّ ، وصرح باشتراط المعاودة في الجنون ، وهذا بخلاف ما إذا ولدت الجارية عند البائع لامن البائع ، أو عند آخر فلانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح ، وإن لم تلد ثانياً عند المشتري لأن الولادة عيب لازم لأن الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول أبداً وعليه الفتوى . وفي زواية كتاب البيوع :

ما قال في الكتاب . قال (والجنون في الصغر عيب أبداً) معناه : أن الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحالتين ، لأن السبب في الحالتين واحد وهو فساد الباطن ، فإذا جنّ في يد البائع في صغره يوماً أو ساعة ثم عاوده عند المشتري في كبره يردّ به ، وليس معناه أن المعاودة في يد المشتري بشرط كما مال إليه شمس الأئمة الحلواني وشيخ الإسلام ، وهو رواية المنتقى بناء على أن آثاره لا ترفع ، وذلك تبين في حاليق عينيه لأن الله تعالى قادر على إزالته بحيث لا يبقى من أثره شيء ، والأصل في العقد لزوم فلا يثبت ولاية الرد إلا بالمعاودة وهو المذكور

(قال : والبخر والدفر عيب في الجارية) لأن المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به ، وليس بعيب في الغلام لأن المقصود الاستخدام ولا يخلان به ، إلا أن يكون من داء لأن الداء عيب (والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام) لأنه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ، ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام ،

لا ترد : وفي المحيط : تكلموا في مقدار الجنون ، قيل هو عيب وإن كان ساعة ، وقيل إن كان أكثر من يوم وليلة فهو عيب ، ويوم وليلة فما دونه ليس بعيب ، وقيل المطبق عيب وما ليس بمطبق ليس بعيب . والسرقة وإن كانت أقل من عشرة عيب ، وقيل ما دون الدرهم نحو فلس أو فلسين ونحوه ليس عيبا ، والعيب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى أو من غيره إلا في المأكولات ، فإن سرقها لأجل الأكل من المولى ليست عيبا ومن غيره عيب ، وسرقها للبيع من المولى وغيره عيب ، ونقب البيت عيب وإن لم يسرق منه ، وإباق ما دون السفر عيب بلا خلاف . واختلفوا في أنه هل يشترط خروجه من البلد ؟ فقيل شرط ، فلو أبقى من محلة إلى محلة لا يكون عيبا ، ومن القرية إلى مصر إباق وكذا على العكس . ولو أبقى من غاصبه إلى المولى فليس بعيب ، ولو أبقى منه ولم يرجع إلى المولى ولا إلى الغاصب ، فإن كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع إليه فهو عيب ، وإن لم يعرفه أو لا يقدر فلا (قوله والدفر الخ) هذه أربعة أشياء عيب في الجارية وليست عيبا في الغلام : البخر ، والدفر ، والزنا ، وولد الزنا ، لأن الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا . بخلاف الغلام فإنه للاستخدام خارج البيت وهذه مانعة منه فلا يعد عيبا ، إلا إذا كان البخر والدفر من داء فيكون عيبا في الغلام أيضا لأن الداء عيب . وفي فتاوى قاضيخان قال : إلا أن يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة الناس فيكون عيبا . وعن أبي حنيفة : الدفر ليس عيبا في الجارية أيضا إلا أن يفحش فيكون عيبا فيها دونه . وقيل إذا كان العبد أمرد يكون البخر عيبا به ، والصحيح أنه لا فرق بين كونه أمرد وغيره . والدفر : نثر ريج الإبط ، يقال رجل أدفر وامرأة دفرأ ، ومنه السب يقال بادفار معدول عن دافرة ، ويقال شمت دفر الشيء ودفره بسكون الفاء وفتحها كل ذلك والدال مهملة وأما بإعجام الدال فيفتح الفاء لا غير وهو حدة من طيب أو نثر ، وربما خص به الطيب فقيل مسك أدفر : ذكره في الجمهرة ، وفيها وصفت امرأة من العرب شيخا فقالت : ذهب دفره وأقبل بخره . قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة . والبجر بالجيم عيب ، وهو انتفاخ تحت السرّة ومنه سمي بعض الناس أبجر ، وفي الصحابة غالب

في الأصل والجامع الكبير . قال (والدفر والبخر عيب في الجارية) الدفر : رائحة مؤذية تجيء من الإبط ، والدفر بالدال المعجمة : شدة الرائحة طيبة كانت أو كريهة ، ومنه مسك أدفر وإبط دفرأ وهو مراد الفقهاء من قولهم الدفر عيب في الجارية ، وهكذا في الرواية . والبخر : نثر رائحة الفم ، كل منهما عيب في الجارية للإخلال بما عظمى يكون مقصودا وهو الاستفراش ، وليس بعيب في الغلام لأنه لا يخل بالحلصة المقصودة منه إلا أن يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله ، لأنه حينئذ يكون من داء والداء نفسه يكون عيبا ، والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام ، لأن الأول يخل بالاستفراش والثاني بطلب الولد ، فإن الولد يعبر بزنا أمه وليس بمخلين

(قوله ومنه مسك أدفر وإبط دفرأ ، وهو مراد الفقهاء من قولهم الخ) أقول : فيه تأمل (قال المصنف والزنا وولد الزنا) أقول : وكون المبيع ولد الزنا فحذف المضاف والمضاف إليه (قوله والثاني بطلب الولد) أقول : خص الثاني بإخلال طلب الولد مع أن الأول غل به أيضا لاختصاص الثاني به (قوله فإن الولد يعبر بزنا أمه) أقول : وتأني النفس من الاستيلاء بمن يعبر بمرأية ذلك إلى ولده .

إلا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا ، لأن اتباعهم يخل بالخدمة . قال (والكفر عيب فيهما) لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ، ولأنه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة ، فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يردّه لأنه زوال العيب . وعند الشافعي يردّه لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم ، وفوات الشرط بمنزلة العيب

ابن أبيجر ، أو قلبه وسمى به فرس لعنرة ، وكذا الآدر وهو عظم الحصيتين ، والأذن عيب ، وهو من يسيل الماء من منخره ، والبخر الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقلح في الأسنان فإن ذلك يزول بتنظيفها . ووجه كون الجارية ولد زناً عيباً بأنه يخل بالمقصود من طلب الولد ، لأنها إذا كانت ولد زناً غير الولد بأمه . وقوله (إلا أن يكون الزنا له عادة) استثناء من قوله دون الغلام . وقوله (على ما قالوا) يعني المشايخ (لأن اتباعهم يخل بالخدمة) إذ كلما وجه الحاجة اتبع هواه . وقال : قاضيخان : لو كان الزنا منه مراراً كان عيباً لأنه يضعفه عن بعض الأعمال ويزداد بالحدود ضعفاً في نفسه انتهى . بل وفي عرضه وربما تأذى به عرض سيده . ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولودين البالغين ، بخلافهما في الصغيرين ، وفي الجليب من دار الحرب لا يكون عيباً مطلقاً . وفي الفتاوى قاضيخان : وهذا عندهم : يعني عدم الختان في الجارية المولدة ، أما عندنا عدم الخفض في الجوارى لا يكون عيباً (قوله والكفر عيب فيهما) أي في الغلام والجارية (لأن طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر) للعداوة الدينية ، وفي إلزامه به غاية الإضرار بالمسلم ، ولا يأمنه على الخدمة في الأمور

في المقصود من الغلام وهو الاستخدام ، إلا أن يتكرر ذلك منه على ما قال المشايخ فإنه يصير عادة ويحتاج إلى اتباعهم وهو يخل بالخدمة . قال (والكفر عيب فيهما) الكفر عيب في الجارية والغلام لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ، والنفرة عن الصحبة تؤدي إلى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيباً ، ولأنه يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق ، وعن كفارتى العيين والظهار عند بعض فيخل بالرغبة ، فإن اشتراه على أنه مسلم فوجده كافراً فلا شبهة في الرد ، فإن اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لم يردّه عندنا لأنه زوال العيب وزوال الشيء لا يكون إياه ، كما إذا اشترى معيباً فإذا هو سليم ، فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على أنه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بأن يوجد فيه هذا الوصف القبيح لاحتماله . وقال الشافعي : يرد به لأنه فات شرط مرغوب ، لأن الأولى بالمسلم أن يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج ، والجواب أن هذا أمر راجع إلى الديانة ولا عبرة به في المعاملات ، فلو كانت الجارية بالغة لأمحيض بأن ارتفع عنها في أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة وادعى المشتري بعد ثلاثة أشهر من وقت الشراء فيما روى عن أبي يوسف أو أربعة أشهر وعشر فيما روى عن محمد أو سنتين فيما روى عن أبي حنيفة وزفر رحمهما الله أنها لم تخص لحبل بها أو لداء كان ذلك عيباً ترد به ، والمرجع في الحبل قول النساء . ويكتفى بقول امرأة واحدة في حق سماع الحصومة ، وفي الداء قول الأطباء يقبل فيه قول عدلين . وقال أبو المعين : يكفي قول عدل واحد منهم . وقيدنا بأن تكون الدعوة بعد المدة المذكورة ، لأنه إذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الإصغاء إلى ذلك ، وبأن تكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل إلى انقطاع الحيض ، أو على انضمام الداء إليه لأن الارتفاع بدون هذين الأمرين لا يعد عيباً ، وكذا إذا بلغت المدة المذكورة وحاضت

(قوله ولأنه يمنع صرفه عن كفارة القتل) أقول : الأول أن يقال : يمنع عن صرفه في كفارة القتل (قوله ولا عبرة به في المعاملات) أقول : أي عند التجار (قوله بأن تكون دعواه مشتملة) أقول : معطوف على قوله بأن تكون الدعوى بعد المدة (قوله لأن الارتفاع بدون هذين الأمرين لا يعد عيباً) أقول : فيه بحث ؛ ألا يرى أن التعليل الذي ذكره بقوله لأن ارتفاع الدم علامة الداء لأن العادة الخ (قوله وكذا إذا بلغت المدة المذكورة) أقول : التقييد بالبلوغ إلى المدة المذكورة في الاستمرار ضائع بل يخل ، فإن الاستمرار قبله عيب أيضاً

(قال : فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب) لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ، ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله ، ويعرف ذلك بقول الأمة فتزد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح .

الدينية كاتخاذ ماء الوضوء وحمل المصحف إليه من مكان إلى مكان ، ولا يقدر على إعتاقه عن كفارة قتل خطأ فقتل رغبته ، والوجه هو الأول ولذا قلنا إنه لو اشتراه على أنه كافر فوجدته مسلماً لا يرد له لأنه زائل العيب ، والنكاح والدين عيب في كل من الجارية والغلام ، وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين وهو أنه إن كان ديناً يتأخر إلى ما بعد العتق فلا خيار له يرد به كدين معاملة بأن اشترى شيئاً بغير إذن المولى ، وإن كان في رقبته بأن جنى في يد البائع ولم ينده حتى باعه فله رده إلا أن يقال : وبعد العتق قد يضره في نقصان ولائه وميراثه (قوله وإذا كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لأن انقطاع الحيض) في أوامه (واستمراره علامة الداء) فكان الانقطاع والاستمرار دليلاً على الداء والداء عيب ، وقد يتولد المرض من الانقطاع في أوامه ، بخلاف ما إذا كانت بسن الإياس فإن الانقطاع ليس عيباً حينئذ فحقيقته التعيب فيهما بالداء ولذا قال بعضهم : إذا أراد أن يرد بغير الانقطاع فلا يدعى الانقطاع بل ينبغي أن يدعى بأحد السببين من الجبل أو الداء حتى تسمع دعواه ، لأن الانقطاع بلونهما لا يعد عيباً ، والمرجع في الجبل إلى قول النساء ، وفي الداء قول الأطباء ، ولا يثبت العيب بقول الأطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع إلا أن يتفق منهم عدلان ، بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه إلا النساء فإنه يقبل في توجه الخصومة قول امرأة واحدة ، وكذا في الجبل . وفي الكافي : نص على الاكتفاء في المرض الباطن بقول طبيب عدل ، ولا يشترط العدد ولفتة الشهادة ، وهكذا نص عليه الشيخ أبو المعين في شرح الجامع الكبير وهو أوجه ، لأنه لتوجه الخصومة لا للرد . وفي التحفة : إذا كان العيب باطلاً لا يعرف إلا الخواص كالأطباء والنخاسين ، فإن اجتمع عليه مسلمان أو قاله مسلم عدل قبل ، ويثبت العيب في إثبات حق الخصومة . وفي فتاوى قاضيخان : إن أخبر بذلك واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى ، ثم يقول القاضي : هل حدث عندك هذا العيب ؟ فإن قال نعم قضى عليه بالرد ، وإن أنكر ولا بينة له استحلف كما سذكر (ويعتبر في الارتفاع) الموجب للعيب (أقصى غاية البلوغ وهو) أن يكون سنه (سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة ، ويعرف ذلك) أي الارتفاع والاستمرار (بقول الأمة) لأنه لا طريق له إلا ذلك (فإذا انضم إلى قولها نكول البائع) إذا استحلف (قبل القبض أو بعده في الصحيح ردت) واحترز بقوله في الصحيح عما روى عن أبي يوسف أنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة . وعما عن محمد إذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء .

ولم ينقطع كان ذلك عيباً ، لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ، لأن العادة في التي خلقت على السلامة الحيض في أوامه والمعاودة على وجه لا يدوم ، فإذا جاوزت أقصى العدد وهو سبع عشرة سنة ولم تحض أو حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء في بطنها والداء عيب ، ويعرف ذلك : أي الارتفاع والاستمرار بقول الأمة ، فإن أنكر البائع ذلك لا ترد عليه إلا بحجة ، ولا يقبل فيه قول الأمة وحدها فيستحلف البائع ، فإن نكل ترد عليه بنكوله سواء كان قبل القبض أو بعده في ظاهر الرواية ، وهو الصحيح لأن شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه

(قال المصنف : وهو الصحيح) أقول : قال ابن الممام : احترز بقوله هو الصحيح عما روى عن أبي يوسف أنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة . وعن محمد إذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء انتهى . وله كلام متعلق به بعد محله .

وجه الصحيح أن شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها إلا بمؤيد وهو نكول البائع ، ثم ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك أن المشتري إذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع ، فإن ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه ، وإن ذكر مدة مديدة سمعت . والمديدة روى عن أبي يوسف مقدرة بثلاثة أشهر ، وعن محمد بأربعة أشهر وعشر . وعن أبي حنيفة وزفر بسنتين ، وما دون المديدة قصيرة ، فإن كان القاضي مجتهدا أخذ بما أدى إليه اجتهداه وإلا أخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهوسنتان ، وإذا سمع الدعوى يسأل البائع أهى كما ذكر المشتري ، فإن قال نعم ردها على البائع بالتمس المشتري ، وإن قال هي كذلك للحال وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامها للحال ، وإن طلب المشتري يمين البائع بحلف البائع فإن حلف يرى ، وإن نكل ردت عليه ، وإن شهد للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحاضة لأنها مما يمكن الاضطلاع عليه ولا يمكن على الانقطاع الذى يعد عيبا ، وإن أنكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف ؟ عند أبي حنيفة لا . وعندهما يستحلف ، وهذا ينبو عن تقرير الكتاب ، وإنما يوافق تقرير الهداية مانقله صاحب النهاية بعد ما ذكر . هذا ما ذكر عن فتاوى قاضيه خان : اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشتري شهرا أو أربعين يوما . قال القاضي الإمام : ارتفاع الحيض عيب ، وأدناه شهر واحد إذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يرده إذا ثبت أنه كان عند البائع انتهى . وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة أشهر ولا أكثر ، وينبغي أن يعول عليه ، وما تقدم خلاف بينهم في استبراء بمدة الطهر ، فعند أبي حنيفة وهو قول زفر سنتان ، وعند أبي يوسف ثلاثة أشهر وهو قول لأبي حنيفة ، وعنه وهو قول محمد أربعة أشهر وعشر ، وفي رواية عن محمد شهران وخمسة أيام وعليه الفتوى ، والرواية هناك ليست واردة هنا لأن الحكم هناك يستدعى ذلك الاعتبار فإن الوطء ممنوع شرعا إلى الحيضة لاحتمال الحمل فيكون ساقيا ماؤه زرع غيره ، فقدره أبو حنيفة وزفر هناك بسنتين لأنه أكثر مدة الحمل ، فإذا مضت ظهر انتفاؤه فجاز وطؤها وهو أقيس : وقدره محمد وأبو حنيفة في رواية بأربعة أشهر وعشر لأنها اعتبرت عدة المتوفى عنها زوجها ، ولأن فيها يظهر الحمل غالبا لو كانت حاملا ، وقدره أبو يوسف بثلاثة أشهر لأنها جعلت عدة التي لا تحيض ، والحكم هنا ليس إلا كون الامتداد عيبا فلا يتجه إنطائه بسنتين أو غيرها من المدد لأن كونه عيبا باعتبار كونه يؤدي إلى الداء وطريقا إليه ، وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة مما ذكر . وبما ذكرنا ظهر أنه لا يحتاج في دعوى الانقطاع للرد به إلى تعيين أنه عن حمل أو داء في الدعوى فإن كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا إلى الداء لا لأنه لا يكون إلا . عن داء يتقدم عليه ، فلذا لم يتعرض فقيه النفس قاضيه خان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن أحدهما ، بل إذا ادعى الانقطاع في أوانه فقد ادعى العيب ، ويكفى شهر واحد فإن به يتحقق الانقطاع في أوانه وهو العيب ، لأنه إن كان في الواقع مسببا عن داء فهو عيب وطريقا إليه ، فكذلك فيكفى في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذى يجب أن يعول عليه ، وإلا فقلما يظهر للطبيب داء بممدة الطهر ، وكثيرا ما يكون الممتد طهرها شهرين وثلاثة صحيحة لا يظهر بها داء ، وهذا هو ظاهر الهداية ، ألا ترى إلى قوله ويعرف ذلك بقول الأمة ، وكذا قال الإمام العتاني وغيره إنما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الأمة لأنه لا يقف على ذلك غيرها ، فلو كان اعتقاده لزوم دعوى الداء أو الحمل في دعوى عيب الانقطاع لم يتصور أن يثبت بقولها حينئذ الخصومة فقط . وعن أبي يوسف أنها ترد قبل القبض بقول الأمة وبشهادة النساء لأن العقد قبل القبض لم يتأكد

توجه العيين على البائع ، بل لا يرجع إلا إلى قول الأطباء أو النساء ، فظهر أن ما ذكر في النهاية من لزوم دعوى الداء أو الحبل في دعوى انقطاع الحيض ، ثم إنه يحتاج في توجه الخصومة إلى قول الأطباء أو النساء ليس تقرير ما في الكتاب ، بل ما ذكره مشايخ آخرون يغلب على الظن خطوئهم ، وكذا ما ذكر غيره من جعل هذه وزان المشتراة بكرا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إذا قال المشتري ليست بكرا وقال البائع بكر في الحال فإن القاضي يريها النساء ، فإن قلن هي بكر لزم المشتري من غير عيين البائع لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد هو أن الأصل البكارة ، وإن قلن هي ثيب لا يثبت حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر إن كان بعد القبض ، وإن كان قبله حلف أنها بكر غير موافق لأن العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه العيين ويقضى بالنكول على ما في الكتاب والعتابي وغيرهما ، وفي البكارة لا بد من رؤية النساء ، وكيف ولا طريق إلى استعلام الانقطاع إلا قولها ، بخلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع فيها إلى قولها ، وإذا عرف هذا فقول المصنف هو الصحيح إن كان احترازا عن قول أبي يوسف أنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة ، وما ذكرنا عن محمد وغيره مناسب ، فإن ما عن أبي يوسف ومحمد في ذلك إنما هو في دعوى البكارة والرتق والقرن وقياس هذه عليها غير صحيح ، إذ لا يعرف ذلك إلا من النساء ، وقول النساء هنا إنها منقطعة الحيض غير معتبر ، وقد ذكرنا أن الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا لا تقبل إذ لا يطلع عليه . وترتيب الخصومة على ما في الهداية وقاضيهان والعتابي وهو ما صححناه أن يدعى الانقطاع في الحال ووجوده عند البائع ، فإن اعترف البائع بهما ردت عليه ، وإن أنكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية ، فإن ذكرت أنها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلف بالله ما وجد عنده ، فإن نكل ردت عليه ، وهذا قول المصنف ترد إذا انضم إليه نكول البائع ، ولو اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع في الحال فاستخبرت فأنكرت الانقطاع ، والغرض أن لا تقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فقد صرح في النهاية بما قدمناه من أنه إذا أنكر الانقطاع في الحال لا يستحلف عند أبي حنيفة ويستحلف عندهما ، ويجب كون الاستحلاف على العلم بالله ما يعلم أنها منقطعة عند المشتري ، فإن نكل اتجهت الخصومة وإن حلف تعذرت ، ولعمري قلما يحلف كذلك إلا وهو بار ، ومن أين له العلم بأنها عند المشتري لم تحض ، وكأن المذكور في النهاية مبني على ما ذكره هو في صورة الخصومة ، وأما على ما في الهداية فإن القول قولها في الانقطاع . ويمكن أن يجري فيه أيضا ، وهذا تعداد للعيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب لاعن بائن والنكاح عيب فيهما ، وكثرة الخيلان وحرمة الشعر إذا فحشت بحيث يضرب إلى البياض ، وكذا الشمط في غير أوانه دليل الداء وفي أوانه دليل الكبر ، والعشا أن لا يبصر ليلا ، والسن الساقطة ضرسا أو غيره وسواده وسواد الظفر ، والعسر وهو أن يعمل بيساره ولا يستطيع العمل بيمينه ، بخلاف أعسر وهو أن يعمل بهما معا فإنه زيادة حسن ، والقشم وهو ببوسة الجلد وتشنج في الأعضاء ، والغرب وهو ورم في الأماق وربما يسيل منه شيء فيصير صاحبه كصاحب الجرح السائل ، والحول والحوض نوع منه ، والبتر وهو انقلاب الجفن وبه سمي الأشتر ، والظفر هو بياض يبدو في إصبع العين وجرب العين وغيرها ، والشعر والقبل في العيين ، ومنه قول الشاعر يصف خيلا : * تراهن يوم الروع كالخلد القبل * والماء في العين والسبل ، والسعال القديم إذا كان عن داء ، فأما القدر

(قال : وإذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لأن في الرد إضراراً بالبائع لأنه يخرج عن ملكه سالماً ويعود معيباً فامتنع ، ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضى بالضرر .

المعتاد منه فلا ، والعزل وهو أن يعزل ذنبه إلى أحد الجانبين ، والمشش وهو ورم في الدابة له صلابة ، والقدر وهو اعوجاج في مفاصل الرجل ، والفحج وهو تباعد ما بين القلمين ، والصنك وهو صك إحدى ركبتيه بالأخرى ، والرتق والقرن والعفل وهو امتلاء لحم الفرج ، والسلعة والقروح وآثارها ، والندخس وهو ورم يكون بأطراف حافر الفرس والحمار ، والخنف وهو ميل كل من إبهامى الرجل إلى أخرى . وقال محمد بن الأعرابي : الأحتف الذى يمشى على ظهر قدميه ، وتناسل شعر الرأس والصدف وهو التواء في أصل العنق ، وقيل ميل في البدن ، والشلق سعة مفرطة في الفم ، والتخنث قيل إذا فحش أو كان يأتي بأفعال رديئة ، والحمق ، وكونها مغنية ، وشرب الغلام ، وترك الصلاة وغيره من الذنوب ، وقلة الأكل في البقرة ونحوها وكثرته في الإنسان وقيل في الجارية عيب لا الغلام ، ولا شك أنه لا فرق إذا أفرط ، وعدم المسيل في الدار والشرب للأرض ، وكذا ارتفاعها بحيث لا تسقى إلا بالسكر ، وكون الجارية محترقة الوجه لا يدرى حسنها من قبحها ، بخلاف ما إذا كانت دميعة أو سوداء ، والعتار في الدواب إن كان كثيراً فاحشاً ، وكذا أكل العذار والجموح والامتناع من اللجام ، وكذا الحزن عند العطف والسير وسيلان اللعاب على وجه يبل المخلاة إذا علق عليه فيها ، وكثره التراب في الحنطة ترد به ، بخلاف ما إذا كان معتاداً ليس له أن يميز التراب ويرجع بنقصه ، وكذا لو اشترى خفاً أو مكعباً للبس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب . ولو باع سويقاً ملتوتاً على أن فيه كذا من السمن أو قميصاً على أن فيه عشرة أذرع والمشتري ينظر إليه وظهر خلافه فلا خيار له (قوله وإذا حدث عند المشتري عيب) بأفة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب وليس له أن يرد المبيع لأن الرد إضراراً بالبائع لأنه يخرج عن ملكه سالماً (فلو ألزمناه به معيباً تضرر) ولا بد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه (الحادث عند المشتري فله ذلك) لأنه رضى بالضرر (وما كان عدم إلزامه المبيع إلا لدفع الضرر عنه ، فإذا رضى فقد أسقط حقه ، اللهم إلا أن يمتنع أخذه إياه لحق الشرع بأن كان

فجاز أن يفسخ بشهادتهن) (قال : وإذا حدث عند المشتري عيب) إذا حدث عند المشتري عيب بأفة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب بأن يقوم المبيع سليماً عن العيب القديم ومعيباً به فما كان بينهما من عشر أو ثمن أو سدس أو غير ذلك يرجع به عليه (ولا يرد المبيع لأن في الرد إضراراً بالبائع) بخروج المبيع من ملكه سالماً من العيب الحادث وعوده إليه معيباً به والإضرار ممتنع (ولا بد من دفع الضرر عنه) أى عن البائع ، ويجوز أن يعود إلى المشتري لأنه أيضاً يتضرر بالمعيب ، لأن مطلق العقد يقتضى السلامة ، والرجوع طريق صالح للدفع فتعين مدفعا ، إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه الحادث لأنه رضى بالضرر ، والرضا إسقاط لحقه ، كما أن للمشتري أن يرضى أن يأخذه بعيبه القديم . فإن قيل : أين قولكم الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن . أجيب بأنها إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة أو حكماً كان لها حصة من الثمن ، وما هنا كذلك كما مر .

(قال المصنف : ولا بد من دفع الضرر عنه) أقول : أى عن البائع ، ويجوز أن يعود إلى المشتري . والثاني أول منى ، فإن ما يتعلق بحال البائع ثم عند قوله فامتنع كما لا يخفى .

قال (ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب) لأنه امتنع الرد بالقطع فإنه عيب حادث (فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك) لأن الامتناع

المبيع عصيرا فتخمر عند المشتري ، ثم اطلع على عيب فإنه لو أراد البائع أن يأخذ به عيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من تملك الخمر وتملكها ومنعهما من ذلك حق الشرع فلا يسقط بتراضيهما على إهداره ، كما لو تراضيا على بيع الخمر وشراهما ، فإن قيل : ينبغي أن يرجع بجانب المشتري فيرجع بالنقصان ويرد المبيع لأن البائع دلس عليه فكان مغرورا من جهته . أجيب بأن المعصية الصادرة عنه لا تمنع عصمة ماله ، كالمغاصب إذا عمل في الثوب المغصوب الخياطة أو الصبغ بالحمر لأن الظالم لا يظلم ، والضرر عن المشتري يندفع بإثبات حق الرجوع بحصة العيب . فإن قيل : فقد تقدم أن الأوصاف لا حصة لها من الثمن بانفرادها . أجيب بأنها اعتبرت أصولا ضرورة جبر حق المشتري وإلا يهدر كما صيرت أصولا بالقصد من إتلافها ، وكل ما يرجع بالنقصان فعنه أن يقوم العبد بلا عيب ثم يقوم مع العيب وينظر إلى التفاوت ، فإن كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن ، وإن كان أقل أو أكثر فعلى هذا الطريق ، ثم الرجوع بالنقصان إذا لم يتمتع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري ، أما إذا كان بفعل من جهته كذلك كأن قتل المبيع أو باعه أو وهبه وسلمه أو أعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له حق الرجوع بالنقصان ، وكذا إذا قتل عند المشتري خطأ لأنه لما وصل البديل إليه صار كأنه ملكه من القاتل بالبديل ، فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ، ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع .

[فرع] لا يرجع بالنقصان إذا أبق العبد مادام حيا عند أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي لأن الرد موهوم فلا يصار إلى خلفه وهو الرجوع بالنقصان إلا عند الإياس من الأصل : وعند أبي يوسف يرجع لتحقيق العجز في الحال والرد موهوم (قوله ومن اشترى ثوبا فقطعه) يعني ولم يخطه (ثم وجد به عيبا رجع بالعيب لأنه امتنع الرد بالقطع لأنه عيب حادث ، فإن قال البائع أنا أقبله كذلك) أي مقطوعا (كان له ذلك لأن الامتناع) أي امتناع رده

قال (ومن اشترى ثوبا فقطعه) ومن اشترى ثوبا فقطعه (فوجد به عيبا رجع بالعيب لا امتناع الرد بالقطع) الذي هو عيب حادث : لا يقال : البائع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده ، فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لأن البائع غره بتدليس العيب . لأننا نقول : المعصية لا تمنع عصمة المال كالمغاصب إذا صبغ المغصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لهما ، وفي إلزام الرد بالعيب الحادث إضرار البائع لا لفعل باشره ، وفي عدم الرد وإن كان إضرار بالمشتري لكن لعجزه بما باشره فكانا سواء فاعتبر ما هو أنظر لهما ، إلا إذا قال البائع أنا أقبله كذلك فإن له ذلك لأن الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به فكان إسقاطا لحقه . فإن قيل : ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد أمعاءه فاسدة فإنه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبي حنيفة رحمه الله . أجيب بأن النحر إفساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للثمن والفساد ، ولهذا لا تقطع يد السارق بسرقة فيختل معنى قيام المبيع ، فإن باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشيء لأنه جاز أن يقول البائع كنت أقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا برضا البائع ، فإن المشتري يصير بالمبيع حابسا بالمبيع ولا رجوع بالنقصان إذ ذاك لا يمكن رد المبيع وأخذ الثمن لولا البيع ، ولو قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو لت السوق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لأن الرد قد امتنع بسبب الزيادة ، لأن الفسخ إما أن

لحقه وقد رضى به (فإن باعه المشتري لم يرجع بشيء) لأن الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان (فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر ، أولت السوق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها لأنها لا تنفك عنه ، ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلا (وليس للبائع أن يأخذه) لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه (فإن باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان) لأن الرد ممتنع أصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع ، وعن هذا

(لحقه وقد رضى به) أى برده معيبا فزال المانع (فإن باعه المشتري) أى بعد القطع بعد علمه بالعيب أو قبله (لم يرجع بشيء لأن الرد لم يمتنع) بالقطع (برضا البائع) فحين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعا (صار حابسا للمبيع) بالبيع (فإن) كان المشتري (قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو كان) المبيع (سويا فله بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لأنه امتنع الرد بسبب الزيادة) المتصلة ، وإنما امتنع (لأنه لا وجه للفسخ في الأصل) أغنى الثوب بدونها كالصبغ مثلا والخياطة والسمن لأنه لا ينفك عنه ولا إلى الفسخ معها (لأن الزيادة ليست بمبيعة) والفسخ لا يرد على غير المبيع لأنه رفع ما كان من البيع فيبقى ما كان من المبيع والثن على ما كان ، فلو رده على الزيادة لزم الربا فإن الزيادة حينئذ تكون فضلا مستحقا في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا أو شبهة الربا حكم الربا فلا يجوز (فامتنع أصلا ، وليس للبائع أن يأخذه) وإن رضى المشتري بترك الزيادة (لأن الامتناع) لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه بإسقاط حقه لا يتعدى إلى حق الشرع بالإسقاط ، وإذا امتنع الرد بالفسخ (فلو باعه المشتري رجع بالنقصان لأن الرد) لما امتنع لم يكن المشتري بباعه حابسا له عن البائع (وعن هذا) الأصل وهو أن الرد إذا كان ممكنا فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لأنه

يرد على الأصل بدون الزيادة أو عليه معها ولا سبيل إلى شيء من ذلك . أما الأول فلأنها لا تنفك عنه . وأما الثاني فلأن الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد إلا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة في حق الشرع لكونه ربا فليس للبائع أن يقول أنا أخذه فتعين الرجوع بالعيب مدفعا للضرر . ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من البيع كالسمن والجمال فإنها لا تمنع الرد بالعيب لأن فسخ العقد في الزيادة ممكن تبعاً للأصل لأن الزيادة هنا تمحضت تبعاً للأصل باعتبار التولد . بخلاف الصبغ والخياطة . وأعلم أن الزيادة إما متصلة أو منفصلة ، وكل منهما إما متولدة من المبيع أو غير متولدة ، فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لا تمنع الرد في ظاهر الرواية ، وغير المتولدة كالصبغ والخياطة تمنع عنه بالاتفاق ، والمنفصلة المتولدة كالولد والثر تمنع منه لما مر من التعليل ، وغير المتولدة كالكسب لا تمنع ، لكن طريق ذلك أن يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانياً ، بخلاف الولد . والفرق بينهما أن الكسب ليس بمبيع . بحال مما لأنه تولد من المنافع ، والمنافع غير الأعيان ولهذا كانت منافع الحرية مالا ، وإن لم يكن الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع ، فلا يجوز أن تسلم له مجاناً لما فيه من الربا ، فإن باع المشتري الثوب الخيط أو الثوب المصبوغ بالحبرة أو السوق الملبتوت بالسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد كان ممتنعاً قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ، ولو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا ، والأصل في ذلك أن كل موضع يكون المبيع قائماً فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع ، فإن أخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب ، وكل موضع يكون المبيع قائماً فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد وإن رضى به البائع ، فإن أخرجه عن ملكه رجع بنقصان العيب (وعن هذا) أى قلنا إن المشتري متى

قلنا : إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ، ولو كان الولد كبيرا يرجع لأن التملك حصل في الأول قبل الخياطة ، وفي الثاني بعدها بالتسليم إليه) .

حابس ، وإن كان مع عدم إمكانه يرجع لأنه غير حابس (قلنا : إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان) لأن التملك من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلما إليه وهو نائبه في التسلم فصار به حابسا للمبيع مع إمكان الرد ، والخياطة بعد ذلك وجودها وعلمها سواء فلا يرجع بالنقصان (ولو كان الولد كبيرا) والباقي بحاله (رجع) بالنقصان لأنه لم يصير مسلما إليه إلا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه وكان امتناع الرد بسبب الزيادة التي هي الخياطة قبل إخراجها عن ملكه ، فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين أن يخرج عن ملكه بالمبيع أو الهبة أولا في جواز الرجوع بالنقصان ، وهو معنى ما في القوائد الظهيرية من أن الأصل في جنس هذه المسائل أن كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان ، وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وإن رضى البائع فأخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان انتهى . وهذا أصل آخر في الزيادة اللاحقة بالمبيع الزيادة متصلة ومتفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبيغ والخياطة واللث بالسنن والغرس والبناء ، وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافا للشافعي وأحمد ، ولو قال البائع أنا أقبله كذلك ورضي المشتري لا يجوز لما ذكرنا من حق الشرع للربا . ومن المتصلة غير المتولدة ما لو كان حطة فطحنها أو لحما فشواه أو دقيقا فخبزه فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لأنه ليس بحابس للمبيع بل امتنع قبل البيع لحق الشرع ، وفي كون الطحن والشئ من الزيادة المتصلة تأمل . والمتولدة من الأصل كالسنن والجمال والجلء بياض العين لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية ، لأن الزيادة تمحضت تبعا للأصل بتولدها منه مع عدم انفصالها ، فكأن الفسخ لم يرد على زيادة أصلا ، والمتصلة المتولدة منه كالولد واللين والثر في بيع الشجر والأرض والعقر ، وهي تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لأن العقد لم يرد عليها ، ولا يمكن التبعية للانفصال فيكون المشتري بالخيار قبل القبض إن شاء ردها جميعا وإن شاء رضى بهما بجميع الثمن ، وأما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض ، فإذا كانت قيمته ألفا وقيمة الزيادة مائة والثمن ألف سقط عشر الثمن إن رده وأخذ تسعمائة ، وغير متولدة منه كالكسب وهي لا تمنع بحال بل يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة ويسلم له الكسب الذي هو الزيادة ، وهو قول أحمد والشافعي رحمهما الله ، وفيه الحديث الذي ذكرناه أول الباب الذي

كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع (قلنا : إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان) لأن التملك حصل قبل الخياطة ، لأنه لما قطعه لباسا له كان واحدا له وقابضا لأجله فتم الهبة بنفس الإيجاب وقامت يده مقام يد الصغير . فالقطع عيب حادث وللمشتري الرجوع بالنقصان وللبائع أن يقول أنا أقبله كذلك ، لكن باعتبار أن القطع للولد الصغير وهو تملك له صارا حابسا للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب ، وهذه نظير ما إذا باع بعد القطع قبل الخياطة ، وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه المسئلة ليس بمحتاج إليه إلا أنه ذكرها بمقابلة الصورة الثانية (ولو كان الولد كبيرا يرجع بنقصان العيب) لأن القطع عيب حادث ، فالمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع حقا للشرع بسبب الزيادة ، فبالتملك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد قبله ، وهذه نظير ما إذا باعه بعد الخياطة والصبيغ واللث

قال (ومن اشترى عبدا فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) أما الموت فلأن الملك ينتهي بهو الامتناع حكماً لا بفعله ، وأما الإعناق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل : وفي الاستحسان : يرجع لأن العتق لإنهاء الملك لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلاً للملك ، وإنما يثبت الملك فيه موقتا إلى الإعناق فكان لإنهاء فصار كالموت ، وهذا لأن الشيء

فيه قول البائع إنه استغل غلامى فقال صلى الله عليه وسلم « الجراح بالضمان » وجعل الشافعى وأحمد حكم المنفصلة المتولدة في حكم الكسب لإمكان القسح على الأصل بدونها والزيادة للمشتري ، ونحن نفرق بين الكسب الذى تولد من المنافع وهى غير الأعيان ، ولذا كانت منافع الحرماً لا مع أن الحر ليس بمال ، والعبد المكسوب للمكاتب ليس مكاتباً والولد تولد من نفس المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز أن يسلمه له مجاناً لما فيه من شبهة الربا . ولو هلكت الزيادة بأفة مساوية ثبت له الرد كأنها لم تكن ، وبه قال الشافعى قبل الحكم بالأرث ، وإنما قيد المصنف بقوله أحر لتكون زيادة بالاتفاق فإن السواد عنده نقص كما ستعلم فهو كالقطع ، وانتقاص المبيع في يد المشتري يمنع الرد بأى سبب كان بالاتفاق (قوله ومن اشترى عبدا فأعتقه) المشتري (أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان أما الموت فلأن الملك ينتهي به) والشيء بانتهائه يتقرر ، فكان الملك قائم والرد متعذر وقد اطلع على عيب وذلك موجب للرجوع ، إذ امتناع الرد إنما يكون مانعاً إذا كان عن فعل المشتري ، أما إذا ثبت حكماً لشيء فلا ، وهنا ثبت حكماً للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان . واستشكل عليه ما إذا صبح الثوب أحر وأخواته فإنه يرجع بالنقصان مع أن الامتناع بفعله . وأجيب بأن امتناع الرد في ذلك إنما هو بسبب الزيادة التى حصلت في المبيع حقاً للشرع لزوم شبهة الربا . قيل فكان ينبغي للمصنف أن يزيد فيقول لا يفعله الذى لا يوجب زيادة (وأما العتق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع) وهو قول الشافعى وأحمد (لأن العتق لإنهاء الملك لأن الآدمي ما خلق في الأصل للملك ، وإنما يثبت الملك فيه) عن سببه (موقتا إلى الإعناق) فثبت (أنه لإنهاء فصار كالموت ، وهذا) وهو الرجوع بالموت وما في معناه بسبب أنه لإنهاء (لأن الشيء بانتهائه

(قال : ومن اشترى عبدا فأعتقه) اشترى عبدا فأعتقه (أو مات عنده ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان أما الموت فلأن الملك ينتهي به) أى يتم ، وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد حيثئذ ، وفيه إضرار للمشتري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر . فإن قيل : قوله (والامتناع حكماً لا بفعله) يدل على أن الامتناع إذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما إذا صبح الثوب أحر فإنه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب . أجيب بأن امتناع الرد هناك بسبب وجود زيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا . ورد بأنه حيثئذ يجب أن يقول : والامتناع حكماً لا بفعله الذى لا يوجب الزيادة ، والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في الصبح بما حصل من فعله من وجود الزيادة في المبيع لا بفعله ، وأما الإعناق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع ، لأنه لما اكتسب بسبب تعذر الرد كان حائساً حكماً فكانه في يده يحبس ويبريد الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان : يرجع لأن العتق لإنهاء الملك لأن الآدمي ما خلف في الأصل محلاً للملك ، وإنما يثبت الملك فيه موقتا إلى وقت الإعناق والموقت إلى وقت ينتهي بانتهائه ، فكان الإعناق لإنهاء كالموت (قوله وهذا) أى جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لأن الشيء يتقرر بانتهائه

(قوله فإن قيل قوله والامتناع حكماً ، إلى قوله : لا يرجع بالنقصان) أقول : إن أراد دلالة هذه العبارة على كون الامتناع بفعله سبباً مستقلاً لعدم الرجوع فهو ممنوع ، وإن أراد دلالتها على سببية الجملة ولو بانضمام شرط أو رفع مانع فسلم ، ولا يرد النقض والرد التى أوردته

يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرّد متعذر ، والتدبير والاستيلاء بمنزلة لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكيم (وإن أعتقه على مال لم يرجع بشيء) لأنه حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل . وعن أبي حنيفة رحمه الله : أنه يرجع لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض (فإن قتل المشتري العبد أو كان طعاما فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة رحمه

يتقرر) إلى آخر ماقررناه . وقوله (والتدبير والاستيلاء بمنزلة) أي بمنزلة الإعتاق وإن لم يزيلا الملك كما يزيله الإعتاق (لأنه يتعذر) معهما (النقل) من ملك إلى ملك وبذلك يتعذر الرّد . وقوله (مع بقاء المحل) احتراز عن الموت والإعتاق . وقوله (بالأمر الحكيم) أي بحكم الشرع لا بفعل المشتري كالقتل (فإن أعتقه على مال) ثم اطلع على عيب (لم يرجع بشيء) وكذا لو كاتبه لأن المشتري حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل (وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه) أي المعتق على مال (يرجع) بالنقصان وهو قول أبي يوسف ، وبه قال الشافعي وأحمد (لأن المعتق) سواء كان بمال أو بلا مال هو (لإنهاء للملك) أعني الرق ، وبهذا يثبت به الولاء في الوجهين ، وإذا كان إنهاء كان كالموت وكونه بمال أو بغيره طرد ، والوجه ما تقدم من كونه حابسا لم يحبس بدله (قوله فإن قتل المشتري العبد) أي لم يمت عنده حتف أنه (أو كان) المبيع (طعاما فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة رضي

فيجعل كأن الملك باق والرّد متعذر فصار حابسا ؛ ألا ترى أن الولاء يثبت بالعق والولاء أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك (والتدبير والاستيلاء بمنزلة الإعتاق) لأن النقل إلى ملك البائع تعذر بالرّد بالأمر الحكيم مع بقاء المحل والملك . فإن قيل : كيف يكونان كالإعتاق وهو منه دونهما (فالجواب أن الإنهاء يحتاج إليه لتقرير الملك بجعل ما لم يكن كائنا ، وهاهنا الملك متقرر فلا حاجة إليه (وإن أعتقه على مال) أو كاتبه (لم يرجع بشيء) لأنه حبس بدله ، وحبس البديل كحبس المبدل . وعن أبي حنيفة أنه يرجع لأن الإعتاق إنهاء للملك وإن كان بعوض لأن المال فيه ليس بأمر أصلي بل من العوارض ولهذا يثبت الولاء به ، وإن قتل المشتري العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف أنه يرجع ، وذكر في التبايع قول محمد معه لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دينوي يفيد بدلا كالقصاص والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد تقدم حكمه ، وجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس في الإسلام دم مفرج » أي مبطل . وسقوط القصاص والدية عن المولى في قتل عبده إنما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا ، بخلاف الإعتاق فإنه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ، ومن أحد الشريكين إذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصبر به مستقضيا فيمنع الرجوع ، وإذا كان المبيع طعاما فأكله أو ثوبا فلبسه حتى تفرق لا يرجع عند أبي حنيفة استحسانا ، وعندهما يرجع لأنه فعل بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الإعتاق . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الرّد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما إذا باع أو قتل ، وذلك

على جوابه ، ذلك أن يقول : الباء فيه للملازمة ، ولا يلزم الاطراد فتأمل ، وأنت غير بأنه لو أراد رد النفس على قوله لأن الامتناع بفعله لكان أظهر ، إذ لا يرّد حيثما أوردناه ، والحق أن يقال في الجواب عدم الرّد . أقول : أنت غير بأن عبارة الجواب السابق لا تأتي عن المحل بل هذا المعنى (قوله فصار حابسا) أقول : فيه بحث لعدم مناسبة المقام (قوله فالجواب أن الإنهاء يحتاج إلخ) أقول : فيه بحث فإن مراد القائل كيف يكونان كالإعتاق ولا يجرى فيهما وجه الامتناع فيبيان على القياس فتأمل (قال المصنف : ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد) أقول : ولقائل أن يقول : المعتق يستفيد بإعتاق الولاء فلم لم يجعل مستقضيا . .

الله ، أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع (لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيائى فصار كالموت حتف أنفه فيكون لإنهاء : ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضمونا ، وإنما يسقط الضمان ما هنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا ، بخلاف الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبدا مشتركا ، وأما الأكل فعلى الخلاف ، فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا ، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تحرق لهما أنه صنع فى المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبهه الإعتاق . وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه فى المبيع فأشبهه البيع والقتل ، ولا معتبر بكونه مقصودا ؛ ألا يرى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع ، فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشىء واحد فصار كبيع البعض ،

الله عنه أما القتل فالمذكور من عدم الرجوع فيه (ظاهر الرواية) عن أصحابنا (وعن أبي يوسف أنه يرجع) وذكر صاحب الينابيع أن محمدا معه وهو قول الشافعى وأحمد (لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيائى) من قصاص أو دية (فكان كالموت حتف أنفه) وإنما يتعلق به حكم الآخرة من استحقاق العقاب إذا كان بغير حق ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضمونا (قال صلى الله عليه وسلم « ليس فى الإسلام دم مفرج » أى مهدر) وإنما سقط الضمان عن المولى (بسبب الملك) وكذا لو باشره فى غير ملكه كان مضمونا ، ولما سقط الضمان عن المولى (صار كالمستفيد بالعبد عوضا) هو سلامة نفسه إن كان عبدا وسلامة الدية للمولى إن كان خطأ فكان كأنه باعه (بخلاف الإعتاق) لأنه ليس بفعل مضمون لا محالة لأنه فى ملك الغير لا ينفذ ، وعق أحد الشريكين إن نفذ لا يتعلق به ضمان إذا كان معسرا ، بل إذا كان موسرا على تقدير فلم يوجهه بذاته فلم يستفد : أى لم يلزم استفادته بالإعتاق عن ملكه شيئا حقيقة ولا حكما (وأما الأكل فعندهما يرجع به) وبه قال الشافعى وأحمد ، وفى الخلاصة عليه الفتوى ، وبه أخذ الطحاوى (وعنده لا يرجع استحسانا ، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تحرق) ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع (لهما أنه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه) من الأكل واللبس حتى انتهى الملك به (فكان كالإعتاق) بخلاف القتل والإحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتادا غرضا من الشراء مقصودا به (وله أنه أتلفه بفعل مضمون منه) لو وجد فى غير ملكه غير أنه سقط : أى انتفى الضمان للملكه فكان كالمستفيد به عوضا (كالقتل) فلا يرجع (ولا معتبر بكونه مقصودا) بالشراء لأنه وصف طردى لا أثر له فى إثبات الرجوع (ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع) وجعل المصنف قول أبي حنيفة استحسانا مع تأخير جوابه عن دليلهما يقيد مخالفته فى كون الفتوى على قولهما ، وأورد عليه القطع والخياطة فإنهما موجبان للضمان فى ملك الغير مع أنه يرجع بالنقصان فيهما . أجيب بأن امتناع الرد فيهما لحق الشرع لا لفعله ، ولا كذلك هنا فإنه امتنع لفعله لا لحق الشرع وهذا يتم فى الخياطة للزيادة ، أما فى مجرد القطع فلا يتم ولذا لو قبله البائع مقطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا ومصبوغا بغير السواد (قوله ولو أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده) يعنى لا يرد ما بقى ولا يرجع بالنقصان فيما أكل (لأن الطعام كشىء واحد) حتى كان رؤية بعضه كروية كله يسقط الخيار (فصار كما لو باع بعضه) ثم اطلع على عيب فإنه يبطل حقه فى الرجوع

لأن الأكل واللبس موجب للضمان فى ملك الغير ، وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له . والجواب عن قولهما إنه لا معتبر بكونه مقصودا لأن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وإن أكل

وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل، وعنهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض (قال: ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا فكسره فوجده فاسدا فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله) لأنه ليس بمال فكان البيع باطلا ، ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل

من غير قول زفر فإنه قال : يرجع بنقصان العيب في الباقي إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بمحضته من الثمن . وعنهما روايتان : رواية أنه يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي . ورواية يرد ما بقي لأن الطعام لا يضره التبعض فكان قادرا على الرد كما أخذه ويرجع بالنقصان فيما أكل ، هكذا ذكر المصنف ، وهو نقل القلوري في كتاب التقریب . وفي شرح الطحاوي أن الأول قول أبي يوسف قال : يرجع بالنقصان في الكل إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بمحضته من الثمن ، وأن الثاني قول محمد قال : وكان الفقيه أبو جعفر يفتي بقول محمد وهو اختيار الفقيه أبي الليث . وفي شرح المجمع قال أبو يوسف : يرد ما بقي إن رضى البائع لأن استحقاق الرد في الكل دون البعض فيتوقف على رضاه . وقال محمد : يرد ما بقي وإن لم يرض لما ذكرنا أن التبعض لا يضره ، وفيما لو باع البعض عنهما روايتان : في رواية لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة لأن الطعام كشيء واحد فيبيع البعض كبيع الكل ، وفي رواية يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع . وفي المجتبى عن جمع البخاري أكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي ، وبه يفتي ، ولو أطعمه ابنه الكبير أو الصغير أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفه لا يرجع بشيء ، ولو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده يرجع لأن ملكه باق ، ولو اشترى دقيقا فخبز بعضه وظهر أنه مرد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز هو المختار ، ولو كان سمنا ذائبا فأكله ثم أقر البائع أنه كان وقعت فيه فأرد رجع بالنقصان عنده وبه يفتي . وفي الكفاية : كل تصرف يسقط خيار العيب إذا وجده في ملكه بعد العلم بالعيب فلا رد ولا أرش لأنه كالرضا به (قوله ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا) أو قرعا أو فاكهة (فكسره) غير عالم بالعيب (فوجده فاسدا فإن لم ينتفع به) كالقرع المر والبيض المذر رجع بالثمن كله لأنه ليس بمال فكان البيع باطلا بخلاف ما لو كسره عالما بالعيب لا يرد (ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره) بأن كان في موضع يعز فيه الحطب وهو ما يشترى للوقود (على ما قيل) من أنه إذا كان كذلك

بعضه ثم علم بالعيب ، فكذا الجواب عند أبي حنيفة لأن الطعم كشيء واحد فصار كبيع البعض . وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان : في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لأن الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فأكل البعض أولى . وفي رواية : يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله . وفي بيع البعض عنهما روايتان : في إحداهما لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة وهو المذكور هاهنا لأن الطعام شيء واحد فيبيع البعض فيه كبيع الكل . وفي الأخرى يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل . قال (ومن اشترى بيضا أو بطيخا) إذا اشترى بيضا أو بطيخا (أو قثاء أو جوزا) أو شيئا من الفواكه (فكسره) غير عالم بعيبه (فوجده الكل فاسدا) بأن كان منتنا أو مرا أو خاليا بحيث لا يصلح لأكل الناس ولا لعلف الدواب ولم يتناول منه شيئا بعد ما ذاقه (فله أن يرجع بالثمن كله) لأنه تبين بالكسر أنه ليس بمال إذ المال ما ينتفع به إما في الحال وإما في المال والمذكور ليس كذلك ، وتفطن من القيود بأضدادها ، فإنه إذا كسره عالما بعيبه صار راضيا ، وإذا صلح لأكل بعض الناس أو الدواب أو وجده قليل اللب كان من العيوب لا من الفساد ،

لأن ماليته باعتبار اللب (وإن كان ينتفع به مع فساد له لم يرد) لأن الكسر عيب حادث (و) لكنه (يرجع بنقصان العيب) دفعا للضرر بقدر الإمكان . وقال الشافعي رحمه الله : يرد له لأن الكسر بتسليطه . قلنا : التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما إذا كان ثوبا فقطعه ، ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لأنه لا يخلو عن قليل فاسد ، والقليل مالا يخاو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة ، وإن كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد

يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لأن العقد فيه صادف محله (لأن مالية الجوز) قبل الكسر ليس إلا (باعتبار اللب) وإذا كان اللب لا يصلح له لم يكن محل البيع موجودا فيظهر أن العقد وقع باطلا ، واختاره المصنف وأشار إليه الإمام السرخسي (وإن كان ينتفع به مع فساد) بأن يأكله الفقراء أو يصلح للعلف يرجع بحصة العيب لأن الكسر عيب حادث عند المشتري (فيمتنع الرد فيرجع) بالنقصان إلا أن يتناول شيئا منه بعد العلم فلا يرجع بشيء ، ولذا قال الحلواني : هذا إذا ذاقه فوجده كذلك فتركه ، فإن تناول شيئا منه بعد مذاقه لا يرجع بشيء . وأما إذا اشترى بيض نعامة فوجدها مذرة ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع أنه يرجع بنقصان العيب وهذا يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا . وقول المصنف (وقال الشافعي : يرد) يعني إذا وجده بعد الكسر بحيث ينتفع به أطلقه . وفي شرح الأقطع قيده بما إذا كان الكسر مقدارا لا يعلم العيب إلا به فله الرد في الصحيح من قوليه انتهى . وليس هذا التفصيل عندنا ولا في قول آخر للشافعي ثم وجه قول الشافعي على ما في الكتاب أن هذا الكسر بتسليط البائع فكأنه كسره بنفسه (قلنا : التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما إذا كان) المبيع (ثوبا فقطعه) المشتري ثم اطلع على عيب فإنه لا يرد مع أنه سلطه على قطعه بالبيع فعرف بالإجماع على أنه لا يرد . وفي مسألة القطع أن تسليطه هذا هدر ، وأن أن التسليط المعترف هو ما لو سلطه أن يكسره وهو في ملكه : أي ملك البائع بأن أمره بكسره فذاك هو التسليط المانع من الضمان على الكاسر : وأما البيع فتسليط للمشتري على أن يكسره في ملك نفسه ولا أثر لهذا في نفي ولا إثبات (وأوجد البعض فاسدا فإن كان قليلا جاز البيع استحسانا لأن كثيرا) من الجوز والبيض (لا يخلو عن قليل فاسد) فكان كقليل التراب في الحنطة والشعير فلا يرجع بشيء أصلا ، وفي القياس يفسد وهو الظاهر (وإن كان كثيرا لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد) في ضيقة

وإن تناول منه شيئا بعد ما ذاقه صار راضيا ، وإذا لم يكن مالا لا يكون محلا للبيع فيكون باطلا . فإن قيل : التعليل صحيح في البيض لأن قشره لا قيمة له ، وأما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب اعزته فيجوز أن يكون العقد صحيحا في القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب إليه بعض مشايخنا . أجاب المصنف بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل ، لأن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر ، وإذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فيقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن ، وعلى هذا إذا كان المبيع بيض النعامة فوجدها بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ أنه يرجع بنقصان العيب ، وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا ، وإذا كان مما

(قوله وإن تناول منه شيئا بعد ما ذاقه صار راضيا الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا لم يكن مالا وكان بيعه باطلا لا يفيد رضا صحة البيع كما لو رضى بشراء الميتة والدم حيث لا يصححه الشرع برضاه ، فالتقييد بما لا يستلزم الرضا ضائع بل محل كما لا يخفى على المتأمل .

(قال : ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فإن قبل بقضاء القاضى بإقرار أو بينة أو بإبائه يمين له أن يردّه على بائعه) لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن ،

واحدة ، ولا نص في المسئلة ولكن فيه ضرورة ظاهرة. وقال المصنف في القليل إنه كالواحد والمثنى ، وفي النهاية أراد بالكثير ما وراء الثلاثة لا ما زاد على النصف ، وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز معفو قال : : لأن مثل ذلك قد يوجد في الجوز فصار كالشاهد : يعنى عند البيع . ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة خاوية اختلفوا فيه : قيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالإجماع ، وقيل يفسد في الكل بالإجماع لأن الثمن لم يفصل ، وقيل العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة لأنه يصير كالجمع بين الحى والميت في البيع ، وعندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن وهو الأصح لأن هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما ، فإن الثمن ينقسم على الأجزاء لا على القيمة (قوله ومن باع عبدا فباعه المشتري) ثم رد عليه بعيب فإن قبله بقضاء القاضى (ب) سبب (إقراره) بالعيب أنه كان عنده ووجد عند المشتري منه وهو المشتري الآخر (أو بينة) على ذلك لإنكاره العيب أو بسبب نكوله عن اليمين على العيب (فله أن يردّه على بائعه) الأول : يعنى له أن يخاضع الأول ويقبل ما يجب معه إلى أن يردّه عليه. وقيد في المبسوط بما إذا ادعى المثنى الثانى العيب عند البائع الأول أما إذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الأول لم يذكره في الجامع ، وإنما ذكره في إقرار الأصل فقال : ليس للمشتري الأول أن يخاضع مع بائعه بالإجماع ، لأن المشتري الأول لم يصير مكذبا فيما أقر به ، ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقر به فبقى إقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد ، هذا وإنما يردّه على ذلك التقدير لأن الرد بهذا الطريق (فسخ من الأصل) يعنى من كل وجه (فجعل البيع كأن لم يكن) وقد اطلع على عيب فله أن يخاضع فيه إذ لا مانع من ذلك ، وما يخال مانعا منه وهو أن القضاء بالبينة والنكول فرع لإنكاره العيب فبخصومه البائع الأول فيه يكون مناقضا فلا تسمع خصومته ، ولذا قال زفر : إنه لا يردّه عليه للتناقض المذكور ، وكذا

ينفع به في الجملة لم يردّه لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الإمكان من الجانبين. وقال الشافعى رحمه الله : يردّه لأن الكسر وإن كان عيبا حادثا لكنه بتسليطه : قلنا : التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملك البائع لأنه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط إلا في ملك المشتري ، وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما إذا باع ثوبا فقطعه ثم وجدته معيبا فإنه يرجع بالنقصان بالإجماع وإن حصل التسليط منه لكونه هدر ، ولو وجد البعض فاسدا فالفاقد إما أن يكون قليلا كائنين في المائة أو كثيرا كما فوقه . ففي الأول جاز البيع استحسانا وليس له أن يخاضع البائع لأجله لأنه عند الإقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد والجوز في العادة لا يخاو عن هذا . وفي الثانى لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره ، وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والرقن قال (ومن باع عبدا فباعه المشتري) ومن باع عبدا فباعه المشتري (ثم ردّه عليه بعيب) إما (إن قبل بقضاء القاضى) أو بغير قضائه ، فإن كان الأول فلما أن يكون بإقرار ، ومعنى القضاء في هذه الصبورة أن الخصم ادعى على المشتري الإقرار بالعيب والمشتري أنكر ذلك فأثبت الخصم بالبينة ، وإنما احتج إلى هذا التأويل لأنه إذا لم ينكر إقراره لا يكون الرد محتاجا إلى القضاء بل يرد عليه بإقراره بالعيب ، وحينئذ ليس له أن يردّه على بائعه لأنه إقالة وإما أن يكون (بينة أو بإبائه يمين) وفي كل ذلك له أن يردّه على بائعه (لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع الثانى

(قوله لأنه إقالة البيع) أقول : لعل المراد لأنه كإقالة .

غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء، ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة، وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لأن البيع هناك واحدا والموجود هاهنا يبعان، فيفسخ الثاني والأول لا يفسخ

بالإقرار فإن معناه على ما فسر المصنف أن يدعى عليه أنه أقر بالعيب فينكر الإقرار فيشهد عليه بالإقرار، فإن إقراره غير مقطوع به لجواز كذب الشهود ووههم، ولهذا لو قال بعد الرد ليس به عيب لا يرد على البائع الأول بالاتفاق. أجاب المصنف عنه بقوله (لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء) فأنعدم إنكاره العيب هذا بعد تسليم أن إنكاره ظاهر في الصديق وإلا فيجوز كونه للدفع الخصومة فإن كثيرا من الناس يفعل فصار ظاهرا يعارض ظاهر الدبابة المقنضية لصدقه، ثم لو كان ظاهرا في صدقه فقد ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع إياه، بخلاف قوله لا عيب به بعد الرد لأن كونه لا مكذب له. وقد يقال: تكذيب الشرع إياه بإثبات العيب لا يرفع مناقضته، وكونه مؤاخذا في حق نفسه بزعمه وهي الدافعة لخصومته للبائع الأول. وقوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله له أن يرد له لأن المعنى له أن يخاصم فيرده، بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد ما باعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء بالبينة أو بإيابه يمين أو بإقرار من المأمور بالعيب، كذا لفظ الجامع حيث يكون ردا على الموكل من غير حاجة إلى خصومة والرد عليه بالخصومة لأن ذلك عند تعدد البيع حتى يكون البيع الأول قائما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج إلى الخصومة في الرد، وهنا البيع واحدا فإذا ارتفع رجع إلى الموكل من غير تكلف زيادة، وقيد فخر الإسلام بعيب لا يحدث مثله. فقال: له الرد بالبينة وإيابه اليمين وبالإقرار هو عيب لا يحدث مثله. أما في عيب يحدث مثله يرده بالبينة وإيابه اليمين ولا يرده المأمور مع الإقرار لأن إقرار المأمور لا يسمع على الأمر، ومعنى اشتراط البينة أو النكول أو الإقرار والقرض أنه لا يحدث مثله أنه إذا اشتبه على القاضي أن هذا عيب قديم أولا أو علم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشتري إلى إقامة البينة أو غيرها من الحجج أن تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي حينئذ أن العيب كان في يد البائع فيرده عليه، أما إذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج إلى شيء من ذلك فيكون الرد على الوكيل ردا على الموكل بلا زيادة خصومة، وقد اعترض قول محمد أنه بنكول الوكيل يلزم الموكل، فإن النكول بذل عنده لإقرار عندهما، وبذل الإنسان لا يثبت في حق غيره وإقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الأمر في عيب يحدث مثله. أجيب بأنه ليس حقيقة بل جار مجراه؛ ألا ترى أنه لو ادعى بمال على عبد مأذون له في التجارة فأنكر ونكل عن اليمين يحكم عليه به مع أن بذله المال لا يجوز

كالمعلوم) والبيع الأول قائم فله الخصومة والرد بالعيب (قوله غاية الأمر) إشارة إلى جواب زفر عما قال: إذا جحد العيب ليس له أن يدعى على البائع الأول أن به عيبا لكون كلامه متناقضا. ووجهه أن غاية أمر المشتري إنكاره قيام العيب، لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وضار كمن اشترى شيئا وأقر أن البائع باع ملك نفسه ثم جاء إنسان واستحققه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع باليمن (قوله وهذا بخلاف الوكيل) إشارة إلى الجواب عما يقال إذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل، وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس ردا على البائع. ووجهه أن البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل ردا على

(قال المصنف: لكنه صار مكذبا شرعا) أقول: قال ابن الهمام: وقد يقال: تكذيب الشرع إياه بإثبات العيب لا يرفع مناقضته، وكونه مؤاخذا في حق نفسه بزعمه، وهي الدافعة لخصومته للبائع الأول. اهـ، وفيه بحث.

(وإن قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يردّه) لأنه بيع جديد في حق ثالث وإن كان فسخا في حقهما الأول ثالثهما

إلا في نحو الضيافة اليسيرة ، وكذا عندهما لو نكل عن اليمين في كل حكم كان له أن يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ، ولو كان إقرارا لم يملك الرجوع عنه ، والشئ إذا أجرى مجرى الشئ لا يلزم كونه مجرى مجراه من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الإقرار؟ عند أبي يوسف لا ، وعند محمد نعم ، وتظهر ثمرته فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف : لو ادعى دارا في يد رجل فأنكر ونكل وقضى القاضي للمدعى بها ثم أقام المدعى عليه البينة أنه اشتراها من المدعى قال يسمع القاضي بينته وترد الدار عليه ، ولو أقام أنه اشتراها من رجل آخر لا تقبل . وقال محمد بن سباعة : لا تقبل في الوجهين ، والنكول بمنزلة الإقرار ، وأبو يوسف يقول : ليس بصريح الإقرار فيقبل . وفي الإيضاح إن رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله ، لأن هذا الفسخ عقد جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى . يعني الفسخ الذي بلا قضاء . وقوله (وإن قبل) . يعني المشتري الأول (بغير قضاء القاضي) بل برضاه (لأنه يردّه) على بائعه ، هذا هو الشق الثاني من ترديد المسئلة . وحاصلها أن من اشترى عبدا أو غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء بأحد الوجوه الثلاثة كان له أن يردّه على البائع الأول خلافا لزم ، وإن قبله بالتراضي ليس له أن يردّه عليه لأن الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث والبائع الأول ثالثهما كأن المشتري الأول اشتراه من المشتري الثاني . ولو اشتراه المشتري الأول من المشتري الثاني لم يكن له أن يردّه على الأول فلا خصومة فكذا هذا ، ولهذا لو كان على المشتري الأول في الدار شفعة فأسقط الشفع حقه فيما باعه ثم رد بعيب بالتراضي تجدد للشفع حق الشفعة كأن المشتري الأول اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان . وقال الشافعي : يردّه إذا قبله بلا قضاء لأن الرد بالعيب عنده يرفع العقد من أصله ، نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالقضاء والرضا ، ونحن بينا الفرق بأنه بالقضاء فسخ وبالرضا بيع جديد في حق ثالث وإن كان فسخا في حقهما . فإن قيل : لما باشر سبب الفسخ وهو النكول أو الإقرار بالعيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعا في حق ثالث . أجب بأن المسئلة فيما أقرّ بالعيب وأبى القبول فرد عليه القاضي جبرا فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا ، وقد قلنا أن معنى الإقرار بالشهادة عليه به ، ولأنه إذا قبله بغير قضاء فقد رضى بالعيب فلا يردّه على بائعه واستشكل على هذا الأصل وهو أنه فسخ من الأصل مسائل : إحداها المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفع في الشفعة ، ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخا من الأصل بطل حق الشفع لبطلان البيع من الأصل . والثانية ما إذا باع أمته الحبل وسلمها فردت بعيب بقضاء ثم ولدت ولدا فادعاه أبو البائع لاتصح دعوته ، ولو كان الرد بقضاء فسخا من الأصل صححت كما لو لم يبيعها الابن فادعاه الأب . والثالثة ما لو أحال غريمه بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بعيب بقضاء لا تبطل الحوالة ولو كان فسخا من الأصل بطلت . أجب ببيان المراد وهو أن محمد ذكر في مواضع أن بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب إلى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لافيا مضى ؛ ألا ترى أن من وهب مال الزكاة إلى رجل قبل الحول فسلمه إليه ثم رجع في هبته بعد الحول فإنه لا يجب على الواهب زكاة

الموكل ، وفيما نحن فيه يبعان ويرد أحدهما لا يرد الآخر ، وإن كان الثاني فليس له أن يردّه لأنه إقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الأول ثالثهما هذا إذا رد المشتري الثاني على الأول بعد القبض وأما إذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما إذا كان الرد بقضاء أو بغيره ، لأن الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الأصل في حق الكل فصار

(قوله وإن كان الثاني فليس له أن يردّه) أقول : معطوف على ما تقدم في هذا القول ، وهو قوله فإن كان الأول فلما أن يكون بإقرار

(وفي الجامع الصغير : وإن رد عليه بإقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم الذي باعه) وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء . وفي بعض روايات البيوع : إن كان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول

باعتبار مامضى ولا يجعل الموهوب عائدا إلى قديم ملك الواهب في حق زكاة مامضى من الحول ، وكذا الرجل إذا وهب دارا لآخر وسلمها إليه ثم بيعت دار يجنيها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ، ولو عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب وجعل كأن الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له أن يأخذ بالشفعة ، وإذا عرف هذا الأصل خرجت المسائل المذكورة عليه . أما الشفعة فلأن حق الشفعين كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لافيا مضى ، وكذا المسئلة الثانية لأن الأب إنما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة ، وكذا المسئلة الثالثة لأن الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في إبطالها ، ولأن صحتها لا تستدعى عندنا دينا على المحال عليه ، ولهذا قال شيخ الإسلام : قول القاتل الرد بقضاء فسخ وجعل العقد كأن لم يكن متناقض ، لأن العقد إذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكن لأن فسخ العقد بدون العقد لا يكون ، فإذا انعدم العقد من الأصل انعدم الفسخ من الأصل وإذا انعدم الفسخ في الأصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه لكن يقال العقد كأن لم يكن على التفسير الذي قلناه . وفي بعض المواضع قبله بعضهم بما إذا كان المبيع من غير النقود ، أما منها فلا ، وذلك لمسئلة نقلها في المحيط من المنتقى : أن من اشترى دينارا بدراهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشتري الآخر الدينار عيبا ورده على المشتري بغير قضاء فإنه يرده على بائعه ، وذلك لمعنى وهو أن المبيعين حينئذ يكونان معدومين لأن العيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع ، فإذا رد على المشتري يرده بخلاف المبيعين في غير النقود كمسئلة الهداية فإنهما موجودان في ذلك إذا قبله بدون القضاء فقد رضى بالعيب فلا يرده على بائعه ، وإذن ما فيها من الإطلاق المذكور بالنسبة إلى موضوع المسئلة غير محتاج إلى هذا القيد . وقوله (وفي الجامع الصغير) إلى آخره إنما ذكره لأن ظاهره يخالف القدوري ، فإنه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله ، وقيدها في الجامع حيث قال : وإن رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم فقال : إنما قيد به ليعلم أنه كذلك فيما يحدث مثله بطريق أولى ، لأنه لما لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالأصبع الزائد والناقصة والسن الشاعبة ، فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال أنه حدث عند المشتري أولى . قال المصنف (وفي بعض روايات البيوع) أى بيع الأصيل (إن كان فيما لا يحدث مثله يرجع) يعنى على البائع الأول إذا رده بالتراضى (للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول) وقد فعلا بغير قضاء مالم يرفع إلى قاض فعله لأن الرد متعين في هذا فكان فعلهما كفعل القاضى والمراد لا يحدث مثله مطلقا أو في مدة كونه في ملك المشتري الأول إلى رد المشتري الثاني . قيل ووجه عامة الروايات

كالرد بخيار الشرط أو بخيار الرؤية ، وصرح بذلك وضع الجامع الصغير ليتبين أن الجوار في عيب لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة أو الناقصة ، وفي عيب يحدث مثله كالقروح والأمراض سواء ، وإن كان قد يتوهم أن العيب إذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله أن يرده على بائعه لتيقنه بوجوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات بيع الأصيل ، والصحيح رواية الجامع الصغير لأن الرد بغير قضاء إقالة تعتمد التراضى فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الأول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الأول ليخاصمه .

(قال: ومن اشترى عبدا قبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بيته ،

أن هذا رد ثبت بالتراضي فكان كالبيع الجديد ، ولا نسلم أنهما فعلا عين ما يفعله القاضي لأن الحكم الأصلي في هذا هو المطالبة بالسلامة ، وإنما يصار إلى الرد للعجز فإذا نقله إلى الرد لم يصح في حق غيرهما ؛ ألا ترى أن الرد إذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب ، وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول إلى غيره فافترقا . هذا كله فيما إذا كان الرد بالعيب من المشتري الثاني بعد قبضه ، أما إذا كان قبل قبضه فلمشتري الأول أن يرده على البائع الأول سواء كان بقضاء أو بغير قضاء كما لو باع المشتري الأول للمشتري الثاني بشرط الخيار له أو يبيعا فيه خيار روية فإنه إذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الأول أن يرده مطلقا ، وعلمت أن الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء . قال في الإيضاح : الفقه فيه أن قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض ، وولاية الدفع عامة فظهر أثره في حق الكل ، ولهذا لا يتوقف على القضاء ، فأما بعد القبض فوجب العقد وقد تناهى إلا أن حقه في صفة السلامة قائم ، فإذا لم يسلم له ثبت حتى الفسخ فجاء من هذا أن حق الفسخ بالعيب ما ثبت أصلا لأن الصفقة تمت بالقبض بل بغيره وهو استدراك حقه في صفة السلامة ، وإنما ظهر أثره في حق الكل لأنه ثبت بولاية عامة ، ولو كان بالتراضي ظهر أثره في حقهما خاصة ، بخلاف الرد بخيار الروية والشرط لأنه فسخ في حق الكل لأن حقه في الفسخ ثبت أصلا لأنهما يسلبان الزوم في أصل العقد فكان بالفسخ مستوفيا حقا له ، وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء (قوله ومن اشترى عبدا قبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بيته) على البائع أن العيب كان عنده وعنده ، ومقتضى هذا التركيب أنه إذا أقام هذه البينة يجبر على دفع الثمن وهو فاسد ، فقدر ظهور الدين للثاني خبرا هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم البينة على البائع أن العيب كان عنده فيستمر عدم الجبر انتهى . ولا بد من تقدير آخر مع يحلف لأن معناه ليس معنى يحلف البائع بل معناه يطلب منه الحلف ، وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن ، بل إذا حلف وهو غير لازم بطراز أن ينكل فيستمر عدم الجبر فعلم الجبر يثبت مع إحدى صورتى التحليف كما يثبت مع إقامة البينة . وقيل بقدر فعل عام يدخل تحته الغايتان : أعنى الحلف وإقامة البينة هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم

قال ومن اشترى عبدا قبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري البينة) فإن حلف البائع دفع إليه الثمن ، وإن أقام المشتري البينة فهو إن شاء يدفع الثمن أو المبيع . واستشكل هذه العبارة لأنه جعل غاية عدم الإيجاب إما يمين البائع أو بيته المشتري ، وذلك بالنسبة إلى الأولى صحيح ، لأن باليمين يتوجه الإيجاب ، وبالنسبة إلى الثاني ليس بصحيح لأن بإقامة البينة يستمر عدم الإيجاب لا ينتهي به . وأجابوا بأوجه : بأنه من باب * علفها تبنوا ماء باردا * تقديره وسقيتها ماء باردا ، وبأن يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغايتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم : أي حكم الإيجاب أو حكم عدم الإيجاب لأن كل واحد من الحلف وإقامة البينة حكم من الأحكام ، وهذا مثل قول من قال في قوله علفها تبننا أنه بمعنى أطعمتها ، فإنه يستعمل في السق كما يستعمل في الطعم في معنى الشرب ، قال تعالى - ومن لم يطعمه فإنه مني - أي ومن لم يشربه - وبأن الانتظار مستلزم لعدم

(قوله وأجابوا بأوجه بأنه من باب علفها الخ) أقول : هذا الجواب للإمام يظهر الدين (قوله وبأن يجعل الكلام متضمنا للخ) أقول : هذا الجواب منقول عن العلامة حافظ الملة والدين الكاكي ، وفيه تأمل (قوله فيقال لم يجبر على دفع الثمن) أقول : أي لم يحكم بشيء . (قوله وإقامة البينة حكم من الأحكام) أقول : أي وجه حكم فالمضاف محذوف .

لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعيين حقه بدعوى العيب ، ودفع الثمن أولا ليتعين حقه بإزاء تعيين المبيع ، ولأنه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صوتا لقضائه (فإن قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن) يعنى إذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لأن في الانتظار ضررا بالبائع ، وليس في الدفع كثير ضرر به لأنه على حجته ، أما إذا نكل ألزم العيب لأنه حجة فيه

به أو بعدمه بأن يحلف فيحلف أو يقيم البينة ، ومنهم من أول لا يجبر بينتظر بدفع الثمن ، وإنما قلنا إنه لا يجبر على دفع الثمن إذا طالبه البائع به فادعى هو عيبا (لأنه أنكر وجوب الثمن بدعوى العيب فإنه به أنكر تعيين حقه) لأن حقه في السلم ولم يقبضه فما قبضه ليس موجبا دفع الثمن عليه (و) وجوب (دفع الثمن أولا ليتعين حق البائع بإزاء تعيين) حق المشتري في (المبيع) ولم يتعين لأنه السلم وقد أنكره . وأورد عليه أن الموجب للجبر قائم والمانع وهو قيام العيب موهوم فلا يعارض المتحقق . فالجواب منع قيام الموجب لأنه البيع للسليم أو هو مع قبضه وهو ينكره فهو محل النزاع ، وأيضا فقد ثبت ما ادعاه فيؤدى إلى تقضى القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغى ما أمكن (فلو أن المشتري قال شهودي بالشام) مثلا فأمهلى حتى أحضرهم أو آتاك بكتاب حكى من قاضى الشام لا يسمع ذلك بل (يستحلف البائع) ويقضى (بدفع الثمن إن حلف) وإن نكل رد المبيع ، وإنما قلنا هذا (لأن في الانتظار بالبائع كبير إضرار) لأن التأخير إلى غاية غير معلومة يحرى مجرى الإبطال خصوصا بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة ، وليس في الدفع كبير إضرار بالمشتري (لأنه على حجته) إذ له أن يقيم البينة بعد حلفه

الإيجاب ، وذكر اللازم وإرادة الملزوم كناية : والحق أن الاستشكال إنما هو بالنظر إلى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم (قوله لأنه أنكر وجوب دفع الثمن) تعليل لعدم الإيجاب لأن المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لأنه أنكر تعيين حقه بدعوى العيب ، وإنكار تعيين الحق إنكار علة وجوب دفع الثمن ، لأن وجوب دفع الثمن أولا ليس إلا لتعين حق البائع بإزاء تعيين المبيع فحيث أنكر تعيين حقه في المبيع لأن حقه في السلم فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولا وفي إنكار العلة إنكار المألول فانتصب خصما ولا بد حينئذ من حجة ، وهى إما بينة أو يمين البائع . فإن قيل : في هذا التعليل فساد الوضع لأن صفة الإنكار تقتضى إسناد اليمين إليه لا إقامة البينة بالحديث . فالجواب الاعتبار بالمعنى لا بالصورة ، وهو فيه مدع يدعى ما يوجب دفع الثمن أولا وإن كان في الصورة منكرا (قوله ولأنه لو قضى بالدفع) دليل آخر يتضمن جواب ما قبل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق ، وما ادعاه المشتري من العيب موهوم ، والموهوم لا يعارض المتحقق . وتقديره أن ما ادعاه المشتري وإن كان موهوما لكن يجب على القاضى اعتباره صوتا لقضائه عن النقض ، فإنه إذا قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء . قال (فإن قال المشتري شهودي بالشام) إذا طلب من المشتري إقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي بالشام غيب (استحلف البائع) فإن حلف دفع إليه الثمن لأن في الانتظار ضررا بالبائع . فإن قيل : في إلزام المشتري دفع الثمن ضرر له أيضا . أجاب المصنف بقوله (وليس في دفع الثمن كبير ضرر به لأنه على حجته) يعنى هو بسبيل من إقامة البينة

(قوله والحق أن الاستشكال إنما هو بالنظر إلى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم) أقول : فيه بحث لأن مفهوم الغاية لزومه متفق عليه على ما صرح به في التلويح خصوصا في الروايات وكلام المصنفين (قوله لأن المشتري أنكر وجوب دفع الثمن لأنه أنكر تعيين حقه) أقول : ضمير حقه راجع إلى المشتري (قوله فالجواب الاعتبار بالمعنى الخ) أقول : ولعل الصحيح في الجواب أن يقال : إن صفة الإنكار إنما تقتضى إسناد اليمين إليه لو لم يكن إنكاره في ضمن دعوى خلاف الظاهر ، وهما في ضمن ذلك فإن الظاهر في المبيع هو السلامة (قوله وإن كان في الصورة منكرا) أقول : فيه بحث ، فإنه مدع صورة ؛ ألا يرى أنه يدعى وجود العيب وثبوت حق الرد (قوله وإن كان موهوما لكن يجب على القاضى الخ) أقول : إذا سلم كونه موهوما فلا يجب على القاضى اعتباره ، وإلا قلنا يخلو قضاء عن أمر موهوم =

(قال : ومن اشترى عبدا فادعى إياها لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبى عبده) والمراد التحليف على أنه لم يأتى عنده ، لأن القول وإن كان قوله ولكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري

على العيب ويرد المبيع ويسترد الثمن ، بخلاف ما لو قال شهودى حضور فإن الإمهال هنا إلى المجلس الثانى ، ولا ضرر في هذا القدر على البائع فيمهل . ولو قال أحضر بيئتى إلى ثلاثة أيام أجلها ، وليس هذا مما ينفذ فيه القضاء ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة ، لأن ذلك في العقود والفسوخ ، ولم يتناكرا العقد بل حقيقة الدعوى هنا دعوى مال على تقدير ، فالقضاء هنا يدفع الثمن إلى غاية حضور الشهود بالسقوط ، وهذا صريح في قبول البينة بعد الحلف ولا خلاف فيه في مثله : أعنى ما إذا قال لى بينة غائبة أو قال ليس لى بينة حاضرة ثم أتى ببينة تقبل : وأما إذا قال لا بينة لى فحلف خصمه ثم أتى ببينة : في أدب القاضى تقبل في قول أبى حنيفة ، وعند محمد لا تقبل ، ولا يحفظ في هذا رواية عن أبى يوسف : وفي الخلاصة من رواية الحسن عن أبى حنيفة تقبل ، وفي جمع النسبى في قبول البينة عن أصحابنا زوايتان : نعم تحليف البائع في مسألة الكتاب بخلاف ما في روضة القضاء إذا قال بيئتى غائبة لم يحلف عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يحلف ، وكذا لو قال لى بينة حاضرة في المصنف فأحلفه ثم أتى بها لا يحلف في قوله خلافا لأبى يوسف وقوله (أما إذا نكل ألزم العيب لأنه) يعنى النكول (حجة فيه) أى في ثبوت العيب ، وقيد به لأن النكول ليس حجة في كل شيء إذ ليس حجة في الحدود والقصاص بالإجماع ولا في الأشياء الستة عند أبى حنيفة (قوله ومن اشترى عبدا فادعى) المشتري (إياها) عنده وعند البائع فأراد تحليف البائع على عدم الإبقاء عنده (لا يحلف حتى يقيم المشتري البينة أنه أبى عبده) أى عند المشتري لأنه حينئذ يثبت العيب فتصح الخصومة فيه ، وإنما لزم ذلك (لأن القول وإن كان قوله) أى قول البائع لكن لا يعتبر إنكاره ولا يتوجه اليمين عليه (إلا بعد)

عند حضور شهوده : وفيه بحث من وجهين : الأول ما قيل في بقاء المشتري على حجته بطلان قضاء القاضى وقد تقدم بطلانه . والثانى أن الانتظار وإقامة الحجة بعد الدفع موقتان بحضور الشهود فكيف كان أحدهما ضررا والآخر دونه ؟ والجواب عن الأول أن القاضى هاهنا قد قضى بأداء الثمن إلى حين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان . وعن الثانى بأنه في دعوى غيبة الشهود متهم : لجواز أن يكون ذلك مما طلة فلا يسمع قوله في حق غيره ، وإذا طلب المشتري يمين البائع فنكل ألزم العيب لأن النكول حجة في ثبوت العيب . قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالإجماع وعن النكول في الأشياء الستة عند أبى حنيفة . قال (ومن اشترى عبدا فادعى إياها) إذا ادعى المشتري إبقاء العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضى لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده ، فإن أقام بينة أنه أبى عنده يسمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التى كانت عند المشتري فإن قال نعم رده عليه إن لم يدع الرضا أو الإبراء ، وإن أنكر وجوده عنده أو ادعى اختلاف الحالة قال القاضى للمشتري ألك بينة فإن أقامها عليه رده عليه ، وإن لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف أنه لم يأتى عنده ، وإنما لم يحلف قبل إقامة المشتري البينة لأن القول وإن كان قول البائع لكونه منكرا لكن إنكاره إنما يعتبر

== فلعل للخصم مدفعا ، إلا أن يفرق بين موهوم وموهوم . والحق منع تحقق موجب الجبر لأن البيع السلم أو هو مع قبضه ، وفيه النزاع كما ذكره ابن الهمام (قوله قد قضى بأداء الثمن إلى حين حضور الشهود لا مطلقا) أقول : وإذا كان كذلك فلا يلزم البطلان في الصورة الأولى أيضا ، إلا أن يقال : التوقيت هنا ضرورة دفع الضرر والأصل الإطلاق ولا ضرورة هناك (قوله عن الثانى بأنه في دعوى غيبة الشهود ، متهم) أقول : ذلك أن تجيب أيضا بأننا لم ننف الضرر عن المشتري ، بل قلنا إن ضرر البائع أكثر من ضرره حيث اجتمع البطلان في يد المشتري دون البائع فليتامل (قوله لجواز أن يكون ذلك مما طلة) أقول : إذ ليس له غاية معلومة (قوله هذا العيب في الحالة التى كانت الباع) ==

ومعرفته بالحجة (فإذا أقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط) كذا قال في الكتاب ، وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعى أو بالله ما أبق عندك قط

ثبوت قيام المدعى مسببا للرد (ومعرفته) أى معرفة قيام العيب (بالحجة) عند إنكاره ، وهذا فى دعوى نحو الإباق مما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عندهما ، أما فى عيب لا يتوقف الرد فيه على عوده عند المشتري كولادة الجارية وكذا الجنون على خلاف المختار فلا ، وعرف أن معنى المسئلة أن يدعى إباقا فينكر قيامه فى الحال فيحتاج إلى إثباته أما لو اعترف البائع فإنه يسأل عن وجوده عنده ، فإن اعترف رده عليه بالتامس المشتري ، وإن أنكر طوب المشتري بالبينة ، على أن الإباق وجد عند البائع ، فإن أقامها رده وإلا حلف بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما أبق عنده قط . قال المصنف (كذا قاله فى الكتاب) أى الجامع ، فإن عبارته هكذا : فإذا أقام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما أبق قط . قالوا (وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى به أو بالله ما أبق) عندك قط ، كل من هذه العبارات حسنة ، بقيت عبارتان محتملتان وهما أن يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب ، أو لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب . قالوا : لا يحلف كذلك لأن فيه ترك النظر للمشتري ، لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد ، فإذا فرض حدوث العيب كذلك فحلف لقد بعته وما به هذا العيب كان بارآ فى يمينه ، وأما بعته وسلمته وما به هذا العيب فكذلك لأن هذه العبارة صادقة هنا إذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم ، فقد يكون حدوث العيب كذلك فيتأوله البائع فى يمينه : أى يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعا وهما البيع والتسليم على ظن أن صدقه لغة على تقدير قصده إليه يوجب بره شرعا ، وليس كذلك فإن تأوله كذلك لا يخلصه عند الله تعالى من ذلك اليمين بل هى يمين غموس ، والأخصر مع

بعد قيام العيب به فى يد المشتري ، لأن السلامة أصل والعيب عارض ، ومعرفته إنما لا تكون بالحجة ، وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن البينة إنما تقبل من المدعى والمشتري فى هذه الصورة ليس بمدع ، بل فيما إذا ادعى العيب فى يد البائع . والثانى أن سلامة الذم عن الدين أصل والشغل به عارض ، كما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض ، فأى فرق بين مانحن فيه وبين ما إذا ادعى على آخر ديننا فأنكر المدعى عليه ذلك ، فإن القاضى يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب ، وإن لم يثبت قيام الدين فى الحال وأجيب عن الأول بأن إدامة هذه البينة من تنمة إقامة البينة على أن العيب كان عند البائع لعلم تمكنه من تلك إلا بهذه فكانت من المدعى بهذا الاعتبار ، وعن الثانى بأن قيام الدين فى الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعى إلى إحياء حقه لأنه ربما لا يكون له بينة ، أو كانت له بينة لكن لا يقدر على إقامتها لموت أو غيبة ، بخلاف ما نحن فيه لأن يتوسل المشتري إلى إحياء حقه ممكن لأن العيب إذا كان مما يعاين ويشاهد أمكن إثباته بالتعرف عن آثاره ، وإن لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع إلى الأطباء والقوابل ، وإذا ظهر هذا فإذا أقام المشتري البينة حلف البائع على البينات بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط ، كذا ذكر فى المبسوط . وقيل المراد بالكتاب هاهنا الجامع الصغير ، وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى أو بالله ما أبق عندك قط ، ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب

== أقول : يعنى فى الكبير أو فى الصغير (قوله وفيه بحث من وجهين ، إلى قوله : والثانى أن سلامة الذم الخ) أقول : ولنا أن نجيب عن هذا البحث الثانى بأن فى الرد بالعيب لابد أن يوجد العيب عند البائع ويعود عند المشتري حتى يرد ، ولا يلزم ثبوت الدين فى الحالتين لقضاء بالإيفاء ، بل يكفيه وجوده فى الحال (قوله وقيل المراد بالكتاب) أقول : القائل هو الإيتاني .

أما لا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد ، والأول ذهول عنه والثاني يومهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ، ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما . واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله . لهما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف .

الوفاء بالمقصود أن يحلف بالله ما أبق عندي قط (ولو لم يجد المشتري بينة على وجود العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عند المشتري يحلف على قولهما . واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة) هل يحلف أو يتحقق العجز عن الخصومة ؟ فعن القاضي أبي الهيثم أن الخلاف مذکور في النوادر عنده لا يحلف ، وعندهما نعم . وفي شرح الجامع الكبير للشيخ أبي المعين النسفي قال بعض مشايخنا منهم الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد : لا خلاف في هذه المسئلة ، وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على أن قول أبي حنيفة خلاف قولهما ، وإنما يحلف على العلم لأنه حلف على فعل الغير ، بخلاف حلفه على أنه ما كان عنده ، فقل لأنه وإن كان على فعل الغير لكن الحلف على فعل

لأن هذا العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد ، وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى ، وبه يتضرر المشتري ، وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأنه يومهم تعلقه بالشرطين جميعا ، ولجواز أن يحلف الغيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعا ، ففي وجوده في أحدهما يكون باراً لأن الكل ينتفي بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري . وإنما قال يومهم تعلقه بالشرطين جميعا إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح ، ولكنه يتوهم لذلك بما ذكر لأن شمس الأئمة ذكر هذه العبارة في التحليف وقال : إلا أنهم قالوا : النظر للمشتري يتقدم إذا استحلفه بهذه الصفة . وذكر الوجه المذكور ثم قال : والأصح عندي الأول لأن البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون باراً في يمينه إذا لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا ، وعلى هذا فلما قل أن يقول في عبارة المصنف تسامح لأنه قال (أما لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب) وعاله (بأنه يومهم تعاقبه بالشرطين فيتأوله) وقالوا : إنما قال يومهم لأن ذلك التأويل ليس بصحيح فإذا لم يكن التأويل صحيحا كان التحليف به جائزا ، وهو يناقض قوله لا يحلف إلا إذا حمل النفي على الوجه الأخوط فيستقيم . فإن قيل : الإباق فعل الغير والتحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم دون البينات . فالجواب أن الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سلبا كما التزمه . وقيل التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا ادعى الذبي يحلف أنه لا علم له بذلك ، أما إذا ادعى أن له علما بذلك فيحلف على البينات لادعائه العلم بذلك ، فإن لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم أنه أبق عند المشتري هل له ذلك أولا قيل له ذلك على قولهما . واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة وهو المذكور في النوادر ذكره الطحاوي وهو مختار المصنف ، وقيل لا خلاف في هذه المسئلة (لهما أن الدعوى معتبرة لأنه يترتب عليها البينة) وكل ما يترتب عليه البينة (يترتب) عليه (التحليف) بالاستقراء ولأبي حنيفة على قول من يقول لا تحليف على مذهبه أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة ، ولا تصح الدعوى إلا من خصم ، ولا يصير المدعى وهو

(قوله لأن شمس الأئمة ، إلى قوله : والأصح عندي) أقول : تسحيح شمس الأئمة لا يكون حجة على غيره (قوله وهو المذكور في النوادر) أقول : أي الاختلاف هو المذكور (قوله وقيل لا خلاف في هذه المسئلة الخ) أقول : هل قوله كقولهما .

وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة ، وليست تصبح إلا من خصم ولا يصير خصما فيه إلا بعد قيام العيب ، وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه .

الغير إنما يكون على العلم إذا لم يكن الخالف مدعيا العلم به ، أما إذا كان مدعيا فلا ؛ ألا ترى أن المودع إذا ادعى قبض المودع لها يكون القول له ويحلف على البتات مع أنه فعل الغير . وقيل ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سلبا ، وهو قول الإمام السرخسي . والأول أوجه فإن معنى تسليمه سلبا ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال أنه لم يفعل السرقة عندي فيرجع إلى الحلف على فعل الغير . وأورد على الأول مسثلان : إحداهما ما لوباع رجلان عبدا من آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما فورثه البائع الآخر ثم ادعى المشتري عيبا فإنه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد مع أنه يدعى العلم بانتفاء العيب . الثانية إذا باع المتفاوضان عبدا وغاب أحدهما فادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب مع ادعائه علما بذلك كما قلنا انتهى . والوجه عندي أن يشكل ما نحن فيه على هاتين المسثلتين لآعكسه ، لأن تحليفه في نصفه على العلم وفي نصفه الآخر على البتات وهو واحد : أعني العيب في ذات واحدة هو المشكل ، فالوجه ما ذكرنا ، والمسثلتان مشكلتان لأنه إن علم بالعيب كان علمه بالنسبة إلى النصفين أو جهله كان أيضا كذلك إلا أن يكون معنى المسئلة أن العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيحلف هذا الوارث على البتات في مدته ما أبق عندي ، وعلى العلم في مدة شريكه ما أعلم أنه أبق عند شريكه ، فليكن محلهما ذلك ، وعلى هذا فلم تكن إقامة العبد إلا عند هذا الشريك لا يحلف إلا على البتات ويكتفى بذلك ، إلا أن هذا غير معلوم فيحلف كما ذكرنا ، ولو لم تكن إقامته إلا عند الذي مات لا يحلف إلا على البتات لأن العقد اقتضى وصف السلامة . وأعلم أن مما تطارحنه أنه لو لم يأت عند البائع وأبق عند المشتري وكان أبق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك وأثبتته برده به لأنه معيب ، والعقد أوجب على هذا البائع السليم ، ولو لم يقدر على إثباته له أن يحلفه على العلم ، وكذا في كل عيب يرد بشكره : وجه قوله على تقدير الخلاف وهو (ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة ، وليست تصبح إلا من خصم ولا يصير خصما فيه إلا بعد قيام العيب) وإذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشتري (يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه) لأنه بتكوله أنزل مقرا بوجود العيب عند المشتري فتوجهت الخصومة فيه فيحلف على أنه ما وجد عنده إلى آخر ما ذكرنا . وقوله الحلف يترتب على دعوى صحيحة قيل يفيد أن البينة لا يلزم ترتبها عليها بل تكون بلا دعوى أصلا في الحدود ؛ وكذا على أنه وكيل أو وارث ولا دعوى أصلا في دعوى غير صحيحة أولى . وفي الكافي : الأصح أنه لا يحلف لأن

المشتري هاهنا خصما إلا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها . ولا نسلم أن كل ما يترتب عليه البينة يترتب عليه التحليف ؛ فإن دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف ، والبينة لا تستلزم الدعوى فضلا عن صحتها بل قد تقوم على ما لا دعوى فيه أصلا كما في الحدود ، بخلاف التحليف . والفرق أن التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقة الخصم وأن يكون المشتري هنا خصما إلا بعد إثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم ، وأما البينة هاهنا فشروعة لإثبات كونه خصما فلا تستلزم كونه خصما (وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد) على البتات (على الوجه الذي قدمناه) على ما تقدم .

(قوله والفرق أن التحليف شرع لقطع الخصومة) أقول : وكذلك البينات ، فإذا كان لها حكم مخصوص هاهنا فلم لا يجوز أن يكون التحليف حكم كذلك .

قال رضي الله عنه : إذا كانت الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال ، لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ

التحليف شرع لدفع الخصومة لا لإثباتها ، وهنا لو حلف البائع يحدث بينهما خصومة أخرى ، ولا يخفى ضعف هذا الكلام فإن توجه اليمين هو من الخصومة فيها تنهى خصومة لا تندفع ، وكثيرا ما يترتب خصومات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها مبدأ أخرى . وأما قوله في الوجه الحلف إنما يترتب على دعوى صحيحة فنقول : إن كان المراد بالصحيحة ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك ، لأنه إذا ادعى أنه وجد عنده عيب في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك أن القاضي يطلب جوابه عنه : ألا ترى إلى قولهم فإن اعترف أن الأمر كذلك رد عليه ، وإن أنكر وجوده عنده واعترف بوجوده عند المشتري فعل المشتري البينة ، فإن عجز عنها حلف إلى آخره أو اعترف بوجوده عنده وأنكر وجوده عند المشتري . وكل ذلك فرع لإلزامه بالجواب بأحد هذه ، غير أنهم لا يوجبون عليه اليمين على عدمه عنده حتى تثبت المقدمة الأولى وهو وجوده ، لأن تحليفه على ذلك لا يفيد مقصود المشتري من الرد إن لم تثبت عوده عنده فلا يترتب عليه فائدته إلا بعده فوجب تقديمه ، وكذا لو كان العيب مما يكفي للرد وجوده عند البائع فقط كولداة الجارية وكونها ولد زنا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك ، وبهذا ظهر أن لافرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في أن كلا منهما يستدعي جوابا بما يليق بالحال وإن تكلف الفرق مع ضعفه على أن الخصومة هناك تتجه قبل إثبات الدين وهنا لا تتجه إلا بعد إثبات العيب غلط ، وإنما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها رد الدين وكل منهما يستدعي الجواب : فكما أن له أن يجيب هنا بإنكار العيب عندها رأسا كذلك له أن يجيب بإنكار الدين رأسا ، بمعنى أنه لم يثبت قط ، ثم كما أن عليه أن يثبت دخول العيب في الوجود بالبينة أو النكول كذلك عليه أن يثبت دخول الدين في الوجود كذلك ، وإذا ثبت دخوله في الوجود طالبه برده إليه ، فكذلك في العيب يطالبه برد الثمن ورده ، فإذا تأملت لافرق والله أعلم . فالوجه ما قلنا من إلزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض ، لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه المسال فعليه اليمين لرجاء النكول ، وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المسال إلا بعد يمين أخرى على وجوده عند البائع لا يضر ، لأنه إذا توقف ثبوت الحلف على أمرين لم يكن بد من إثبات كل منهما . ثم قال المصنف رحمه الله (قال العبد الضعيف) يعني نفسه (إذا كانت الدعوى في إباق) العبد (الكبير) يحلف (البائع) (ما أبق) عندي (منذ بلغ مبلغ الرجال) لأنه عساه أبق عنده في الصغر فقط ثم أبق عند المشتري بعد البلوغ ، وذلك لا يوجب الرد لا اختلاف السبب على ما تقدم ، فلو ألزمناه الحلف ما أبق عنده قط أضررنا به وألزمناه مالا يلزمه ، ولولم يحلف أصلا أضررنا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا ، وهذا في كل عيب يدعى ويختلف فيه الحال فيما قبل البلوغ وبعده ، بخلاف مالا يختلف كالجنون ، وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الإباق ونحوه ، وهو كل عيب لا يعرف إلا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا . وبقي أصناف أخرى ذكرها قاضيخان هي مع

قال المصنف (إذا كانت الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ) لما تقدم ، فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البائع ، لأنه إذا أبق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان أبق عند البائع في حالة الصغر ومثل هذا الإباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حثرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد لنكوله ويتضرر به .

(قال : ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعثك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعثتها وحدها فالقول قول المشتري) لأن الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقباض

ما ذكرنا تنمة أربعة أنواع : الأول أن يكون عيبا ظاهرا لا يحدث مثله أصلا من وقت البيع إلى وقت الخصومة كالأصبع الزائدة والعمى والناقصة والسن الشابة : أي الزائدة ، فالقاضي فيهما يقضي بالرد إذا طلب المشتري من غير تحليف للتيقن به في يد البائع والمشتري ، إلا أن يدعى البائع رضاه به أو العلم به عند الشراء أو الإبراء منه ، فإذا ادّعى سأل المشتري ، فإن اعترف امتنع الرد ، وإن أنكر أقام البيّنة عليه ، فإن عجز يستحلف ما علم به وقت البيع أو ما رضى ونحوه ، فإن حلف رده ، وإن نكل امتنع الرد . الثاني أن يدعى عيبا باطنا لا يعرفه إلا الأطباء كوجع الكبد والطحال ، فإن اعترف به عندهما رده ، وكذا إذا أنكره فأقام المشتري البيّنة أو حلف البائع فنكل إلا إن ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا ، وإن أنكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان أحوط ، فإذا قال به ذلك يخاصمه في أنه كان عنده . الثالث أن يكون عيبا لا يطلع عليه إلا النساء كدعوى الرثى والقرن والعفل والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة ، فعلى هذا إلا أنه إذا أنكر قيامه في الحال أريت النساء والمرأة العدل كافية ، فإذا قالت ثيباً أو قرناء ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم ، وإذا انضم إليه نكوله عند تحليله غير أن القرن ونحوه إن كان مما لا يحدث ترد عند قول المرأتين هي قرناء بلا خصومة في أن ذلك كان عند البائع للتيقن بذلك كما في الأصبع الزائدة إلا أن يدعى رضاه فعلى ما ذكرنا . وفي شرح قاضيه خان : العيب إذا كان مشاهداً وهو مما لا يحدث يومئذ بالرد وإن كان مما يحدث واختلف في حدوثه فالبيّنة للمشتري لأنه يثبت الخيار والقول للبائع لأنه ينكر الخيار ، وهذا يعرف مما قدمناه : ولو اشترى جارية وادعى أنها خنثى يحلف البائع لأنه لا ينظر إليه الرجال ولا النساء ، ولو وجد به عيباً فقال له البائع أتبيعه قال نعم يلزمه لأنه عرض على البيع ، ولو قال بعه فإن لم يشتر رده على فقرضه فلم يشتر سقط الرد . ولو وجد البائع الثمن زيوا فقال المشتري للبائع أنفقته ، فإن لم يرج رده على فأنفق فلم يرج رده استحساناً ، ولو كان ثوباً فقال هو قصير فقال البائع أره الخياط ، فإن قطعه وإلا رده ففعل فإذا هو قصير فله الرد . اشترى لميت كفناً ثم وجد به عيباً لا يرد ولا يرجع بالأرض حتى يحدث به عيب مانع من الرد . وفي القنية : لو وجده معيباً فخاصم بائعه فيه ثم ترك الخصومة أياماً ثم عاد إليها فقال له بائعه لم سكنت عن الخصومة مدة ؟ فقال لأنظر أنه يزول أو لا فله رده . كذا في المجتبى (قوله ومن اشترى جارية) أو غيرها من الأعيان (وتقابضا) فقبض البائع الثمن والمشتري الجارية (فوجد بها) المشتري (عيباً) فجاء ليردها فاعترف البائع بما يوجب الرد إلا أنه (قال بعثك هذه وأخرى معها) وإنما يستحق على رد حصّة هذه فقط لا كل الثمن (وقال المشتري بعثتها وحدها) فأرد جميع الثمن ولا بيّنة لأحد (فالقول قول المشتري لأن هذا اختلاف في مقدار المقبوض ، والقول) فيه (قول القباض) أمينا كان أو ضميماً لأنه ينكر زيادة يدعيها عليه البائع ، ولأن البيع انفسخ في المردود بالرد وذلك سقط للثمن عن المشتري والبائع يدعى لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب السقوط

قال (ومن اشترى جارية وتقابضا) ومن اشترى جارية وتقابض المتبايعان الثمن والمبيع (فوجد) المشتري (بها عيباً) فأراد البائع تخصيص الثمن على تقدير الرد (فقال البائع بعثك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعثتها وحدها فالقول قول المشتري ، لأن الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القباض) لأنه أعرف بما قبض

كما في الغصب) وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض (لما بينا. قال (ومن اشترى عبدین صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبا فإنه يأخذها أو يدعها) لأن الصفقة تم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه ، وهذا لأن القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد .

والمشتري ينكر فالقول قوله ، وصار (كالغصب) إذا ادعى المغموب منه أنه غصبه هذا مع آخر أو حدث فيه زيادة فأنكر الغاصب فالقول قوله (وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع) بأن اتفقا على أن المبيع جاريتان ثم قال البائع قبضتهما وإنما تستحق حصة هذه وقال المشتري لم أقبض من المبيع سوى هذه يكون القول قول المشتري (لما بينا) من أن القول قول القابض) قوله ومن اشترى عبدین (أو ثوبین) صفقة واحدة وقبض أحدهما ووجد بالآخر (الذي لم يقبض) عيبا فإنه بالخيار (إن شاء أخذها بجميع الثمن ، وإن شاء ردها ، وليس له أن يأخذ السليم ويرد المغيب بحصته من الثمن في هذه الصورة (لأن الصفقة إنما تم بقبضهما) لأنها إنما تم بقبض المبيع ولم يوجد (فيكون رد أحدهما وحده) تفريقا للصفقة قبل التمام ، وهذا) أي كون رد أحدهما بعد قبض أحدهما فقط تفريقا للصفقة قبل تمامها بناء على أن تفريقها قبل القبض كتفريقها في نفس العقد فيما إذا قال بعتكهما بألف فقال قبلت في هذا بخمسةائة ، وإنما كان كذلك (لأن القبض له شبه بالعقد) لأنه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ، ولأنه أعنى القبض موكد لما أثبتته العقد ، حتى أن الشهود بالطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لأنه كان على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج ونحوه ، فالشهود بشهادتهم أكدوا لزومه وحققوه وما قبل في تمامه ، وحكم المشبه حكم المشبه به ، فإن الصلاة للنار وعلى النجاسة حرام . ولو صلى وبين يديه نار وبقره نجاسة كان مكروها ليس تمثيلا صحيحا فإن الثابت الكراهة ، وإنما يكون حكمه لو ثبتت الحرمة ،

(كما في الغصب) فإنه إذا اختلف الغاصب والمغموب منه فقال المغموب منه غصبت مني غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لأنه القابض (وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) في مقداره بأن كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت إلا إحداهما فالقول قول المشتري (لما بينا) أن في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض ، بل هاهنا أولى لأن كون المبيع شيئين أمانة ظاهرة على أن المقبوض كذلك لأن العقد عليهما سبب مطلقا لقبضهما ، ومع ذلك كان القول قول القابض فهاهنا أولى . قال (ومن اشترى عبدین صفقة واحدة) رجل قال لآخر بعتك هذين العبدین بألف درهم فقبل (وقبض أحدهما) وهو سليم (فوجد بالآخر عيبا) ليس له أن يرد المغيب خاصة . (بل يأخذها أو يدعها) جميعا (لأن الصفقة تم بقبضهما) لما أن تصرف المشتري في المبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ ، وما تم بقبضه الصفقة لا تم بقبض بعضه لتوقفه على قبض الكل إذ ذاك ، فالتفريق قبل قبضهما تفريق (قبل التمام) وهو لا يجوز (لما ذكرناه) يعني قبيل باب خيار العيب بقوله لأن الصفقة تم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تم قبله (وهذا) أي التفريق في القبض لا يجوز . (لأن للقبض شها بالعقد) من حيث أن القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد ، كما أن العقد يثبت ملك الرقبة ، والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد (فالتفريق في القبض كالتفريق في العقد) ولو قال بعت منك هذين العبدین فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذلك هذا .

(قوله لما بينا ، إلى قوله : بل هاهنا أولى) أقول : فيه تأمل .

ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه . ويروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يرده خاصة ، والأصح أنه يأخذها أو يردها لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه (ولو قبضهما ثم وجد) بأحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر : هو يقول : فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبهه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط . ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض تم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ،

هذا إذا كان العيب في غير المقبوض (فإن وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه . يروى عن أبي يوسف أنه يرده خاصة) لأن الصفقة تامة في المقبوض (والصحيح أنه يأخذها أو يردها لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله) فلم يقبض الكل لا تتم فيكون تفريقا قبل التمام (وصار تمام الصفقة) كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول) الحبس (دون قبض جميعه) حتى لو بقي من الثمن درهم كان له أن يمنع المبيع عليه ، ولو قال المشتري : أنا أمسك المبيع وأخذ التقصان ليس له ذلك (ف) أما (لو) كان (قبضهما) أعنى العبدین (ثم وجد بأحدهما عيبا) فإن له أن يرده خاصة خلافا لزفر . هو يقول : فيه (أى في رده وحده) تفريق الصفقة ، ولا يعرى عن ضرر لأن العادة ضم الجيد إلى الرديء (لترويج الرديء ، وفي إلزامه المبيع وحده لإلزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده (وأشبه خيار الشرط والرؤية) في أن الصفقة لا تتم إذا كان فيها أحد الخيارين هكذا ذكرنا خلاف زفر في المبسوط وغيره . وقال القدوري في التفریق : قال أصحابنا ؛ إذا اشترى عبدین صفقة فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة . وإن كان قبل القبض ردهما . وقال زفر : يرد المبيع في الوجهين لأن العقد صح فيهما والعيب وجد بأحدهما فصار كما بعد القبض . وذكر صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكر القدوري على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الأئمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر (ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض يتم في خيار العيب ، بخلاف خيار الرؤية والشرط) والتفريق بعد التمام جائز شرعا

قال (ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه) إذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا ، قالوا في شروح الجامع الصغير : اختلف المشايخ فيه ، وكلام المصنف يشير إلى أن الاختلاف بين العلماء ، فإنه قال (ويروى عن أبي يوسف أنه يرده خاصة) وجهه أن الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر إليه لا يبازم تفريق الصفقة (والأصح أنه) ليس له ذلك (لأن تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع) لأجل الثمن فإنه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لأحد البديلين بالآخر (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا له أن يرده خاصة) وقال زفر : لا فرق بينه وبين ما تقدم لأن فيه تفريق الصفقة (ولا يعرى عن ضرر إذ العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبه ما قبل القبض) يجامع دفع الضرر (وأشبه خيار الرؤية والشرط) ولنا أنه إذا قبضهما جميعا فقد تمت الصفقة والتفريق بعده غير ضائر ، بخلاف خيار الرؤية والشرط فإن الصفقة لا تتم بالقبض فيهما على ما مر في خيار الرؤية أن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ، وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما أوجه العقد ، والأصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد ، وتضرر البائع إنما لزم من تدليس فلا يلزم المشتري . لا يقال : لو كان كذلك لزم التمكن من رد المبيع قبل قبضهما أيضا لوجود التدليس منه ، لأنه يستلزم التفريق قبل التمام وإنه لا يجوز . قيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن إفراد أحدهما بالانتفاع كالعبدین . وأما إذا لا يمكن كزوجي الخلف ومصرعي الباب فإنه يردهما أو يمسكهما ، حتى لو كان

ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر (قال : ومن اشترى شيئا مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله أو أخذه كله) ومراده بعد القبض لأن المكيل إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد ، ألا يرى أنه يسمى باسم واحد وهو الكَرّ ونحوه . وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد ، فإذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبيدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر .

بدليل أنه (لو استحق أحدهما) بعد القبض (ليس له أن يرد الآخر) بل يرجع بحصة المستحق على البائع مع أنه تفريق الصفقة على المشتري ، والضرر الذي لزم البائع جاء من تدليس لما قلنا من أن الظاهر أن البائع عالم بحال المبيع وصار كما لو سمي لكل واحد ثمننا أو شرط الخيار في أحدهما لنفسه ، ثم هذا فيما يمكن لإفراد أحدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبيدين ، أما إذا لم يكن في العادة كنعلين أو خفين أو مصراعي باب فوجد بأحدهما عيبا فإنه يردهما أو يمسكهما بالإجماع لأنهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد ، والمعتبر هو المعنى . وفي الإيضاح والفوائد الظهيرية : ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوجي ثور وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل دونه لا يملك رد المعيب خاصة (قوله ومن اشترى شيئا مما يكال) كالحنطة والتمر (أو يوزن) كالسمن والزعفران وغير ذلك (فوجد ببعضه عيبا رده كله أو أخذه كله ، ومراده) إذا كان الاطلاع على العيب (بعد القبض) أما لو كان قبله فلا فرق بين المكيل والموزن وغيرهما كالثياب والعبيد من أنه يرد الكل أو يحبس الكل ، بخلاف ما بعد القبض فإنه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكيل والموزن دونهما وإنما قلنا بعد القبض يرد الكل . لأن المكيل إذا كان من جنس واحد كالحنطة أو الشعير (فهو كشيء واحد) فإن الانتفاع والتقوم لا يتحقق بأحد حبات القمح منفردة بل مجتمعة فكانت الآحاد المتعددة منها كالشيء الواحد ثوب أو بساط ونحوه (ألا ترى أنه يسمى) المتعدد منه المجتمع (باسم واحد كالكرّ) والسوق والصبرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب ، بخلاف الثوبين والعبيدين فإنه بعد قبضهما يرد المعيب خاصة لأنهما شيان حقيقة وتقوّما وانتفاعا لا يوجب إفراد أحدهما عن الآخر عيبا حادثا فيه (قيل هذا) يعني كونه يرد الكل (إذا كان في وعاء واحد) أما (لو كان في وعاءين) كما إذا اشترى على حطة صفقة فوجد بأحدهما عيبا فإنه يرد ذلك العدل خاصة

المبيع ثورين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يمكن رد المعيب خاصة (قوله ولهذا) أي ولأن الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله (لو استحق أحد العبيدين) بعد قبضهما (ليس للمشتري أن يرد الآخر) بل العقيد قد لزم فيه لأنه تفريق بعد التمام (قال : ومن اشترى شيئا مما يكال أو يوزن) تفريق الصفقة لا يجوز إذا كان قبل القبض في سائر الأعيان ، ويعدّه يجوز في غير المكيل والموزن ، وأما فيهما فلا يجوز إذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد أو في وعاءين على اختيار المشايخ . وقيل إذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبيدين يجوز رد للمعيب خاصة لأنه يرد على الوجه الذي خرج من ضمان البائع : ووجه الأظهر أنه إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسما وحكما . أما الأول فلأنه يسمى باسم واحد ككرّ وقفيز ونحوهما ، وأما الثاني فلأن المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع ، لأن الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل روثه بعضها كروية كلها كالثوب الواحد ، وفي الثوب الواحد إذا وجد بعضه معيبا ليس له إلارد الكل أو إمساكه ، لأن رد الجزء المعيب

(قال المصنف : ومراده بعد القبض) أقول : أما قبل القبض فالحكم في غير المثل والموزن أيضا كذلك (قال المصنف : وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد) أقول : اختار هذا القول في فتاوى قاضيه خان ولم يذكر غيره (قوله لأن رد الجزء المعيب) أقول : فيه بحث .

(ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي) لأنه لا يضره التبعض ، والاستحقاق

كما ذكره فخر الإسلام قال : لأن تمييز المبيع من غيره يوجب زيادة عيب في المبيع ، فإنه إذا كان مختلطاً بالمزيد يكون أخف عيباً مما إذا انفرد ، فلو رد كان مع عيب حادث عند المشتري ، بخلاف ما إذا كان في وعاءين فرد أحدهما بعينه فإنه لا يوجب زيادة عيب . قال الفقيه أبو الليث : هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة ، وإحدى الروایتين عن أبي يوسف لا على قول أبي حنيفة ، فإنه روى الحسن عن أبي حنيفة في المبرد أن رجلاً لو اشترى أعدلاً من تمر فوجد بعدل منها عيباً ، فإن كان التمر كله من جنس واحد ليس له أن يرد المبيع خاصة لأن التمر إذا كان من جنس فهو بمنزلة شيء واحد وليس له أن يرد بعضه دون بعض . وذكر الناطقي رواية بشر بن الوليد : لو اشترى زقين من سمن أو سلتين من زعفران أو حملين من القطن أو الشعير وقبض الجميع له رد المبيع خاصة إلا أن يكون هذا والآخر سواء ، فإذا أن يرد كله أو يترك كله ، فقد رأيت كيف جعل التمر أجناساً مع أن الكل جنس التمر ، فعلى هذا يتقيد الإطلاق أيضاً في نحو الحنطة فإنها تكون صعيدية وبحرية ، وهما جنسان يتفاوتان في الثمن والعجين ، ويتقيد إطلاق فخر الإسلام أن في الأعدل يرد المبيع خاصة بأن ذلك إذا كان باقي الأعدل من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنسه بأن يكون بعض الأعدل برنيا وبعضها لبانة فيرد ذلك خاصة ، أما إذا كان الأعدل من جنس واحد بأن يكون كلها برنيا أو صيحانياً أو لبانة أو عراقية فيرد الكل والبصرة كالعدل الواحد وإن كثرت لجرىءان ما ذكرنا من وجه منع رد المبيع وحده فيها (قوله ولو استحق بعضه) أي بعض المكيل أو الموزون فلا خيار للمشتري في رد ما بقي بل يلزمه أن لا يرد . وروى عن أبي حنيفة أن له رده دفعا لضرر مؤنة القسمة (وجه الظاهر أنه لا يضره التبعض) لا في القيمة ولا في المنفعة ، أما في القيمة فإن المد من القمح يباع على وزان ما يباع به الأردب والغرارة . وأما في المنفعة فظاهر فلا يتضرر به ، بخلاف غيره فإنه إن كان مما يفصل بصير معيباً بتبعضه فإن الفضلة من الثوب كالذراع إذا نودى عليه في السوق لا تبلغ قيمته متصلاً بباقي الثوب ، وإن كان مما لا يفصل كالعبد يصير معيباً بعيب الشركة ، بخلاف المكيل لا يتعيب بالشركة فإنها إن شاء اقتسامه في الحال وانتفع كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة خفيفة وقد تكون بكيل عبدتهما وغلماهما (وقوله والاستحقاق

فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وهي في الأعيان المجتمعة عيب فرد المبيع خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك . فإن قيل : لو كان كذلك وجب أن يكون له رد الباقي إذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد وهو باطل بالإجماع . فالجواب أنه على إحدى الروایتين عن أبي حنيفة ساقط ، وعلى الأخرى إنما لزم العقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه لأنه لا يضره التبعض ، لأن استحقاق البعض لا يوجب عيباً في المستحق وغيره لأنهما في المالية سواء ، والانتفاع بالباقي ممكن ، وما لا يوجب عيباً في المالية والانتفاع لا يوجب ضرراً بخلاف ما لو وجد البعض عيباً وميزه ليرده لأن تمييز المبيع من غير المبيع يوجب زيادة عيب ، بخلاف الثوب الواحد فإن التبعض يضره والشركة عيب فيه زائد فلم يبق إلا رد الكل أو إمسأكه (قوله والاستحقاق) يجوز أن يكون جواب سؤال : تقريره انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لأن تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضياً ، وتوجيهه أن الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك ، لأن العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه والاستحقاق لا ينعدم ذلك ، ولهذا قلنا في الصرف والسلم إذا أجاز المستحق بعد

لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك ، وهذا إذا كان بعد القبض ، أما لو كان قبل القبض فله أن يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل تمام. قال (وإن كان ثوبا فله الخيار) لأن التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق ، بخلاف المكيل والموزون (قال : ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواه أو كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضا) لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون الركوب

لا يمنع تمام الصفقة) جواب عن سؤال هو أنه ينبغي أن يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كى لا يلزم تفرق الصفقة على المشتري للمستحق عليه . فأجاب بأن تفرق الصفقة إنما يمنع قبل تمام لا بعده ، وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك إلا الاستحقاق ، والاستحقاق لا يمنع تمامها لأن تمامها برضا العاقد (لا برضا المالك) يعنى المستحق ، ولذا قلنا : إذا أجاز المستحق لبدل الصرف ورأس مال السلم بعد افتراق العاقلين ببقى العقد صحيحا فعلم أن تمام العقد يستدعى تمام رضا العاقد لا المالك . وقوله (وهذا) أى كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد (إذا كان بعد القبض ، أما إذا كان قبل القبض فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة) عليه (قبل تمام) لأن تمامها بعد الرضا بالقبض (ولو كان) المستحق (ثوبا) ونحوه كعبد وكتاب (فله الخيار ، لأن التشقيص في الثوب عيب) والشركة في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل أو بقاءه شريكا ، لا يقال : ينبغي أن لا يثبت له خيار رد الكل لأنه حدث عنده عيب بالاستحقاق . وأجاب بقوله (وقد كان) إلى آخره : أى هذا العيب : أعنى عيب الشركة كان ثابتا (وقت البيع) وإنما تأخر ظهوره ، والظهور فرغ سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم يمنع الرد ، بخلاف تمييز الجيد من الرديء في المكيل إذا كان في وعاء واحد أو كان صبرة فإنه عيب حدث عنده فلا يمكنه إلا رد الكل (قوله ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا) ونحوه من مرض أو عرض فداواها (أو كانت دابة فركبها في حاجة نفسه) وفي بعض النسخ (حاجته فهو رضا لأن ذلك دليل قصد الاستبقاء ، بخلاف خيار الشرط) إذا ركب فيه مرة لحاجة نفسه أو لبس الثوب مرة لا يكون مسقطا للخيار (لأن ذلك) الخيار (للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه) لحاجة مرة أو الاستخدام مرة (مسقط)

ما افتراق ببقى العقد صحيحا ، فعلم أن تمام العقد يستدعى تمام رضا العاقد لا المالك (وهذا) أى كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد إذا كان بعد القبض ، وأما إذا كان قبله فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل تمام ، وهذا يرشدك إلى أن تمام الصفقة يحتاج إلى رضا العاقد وقبض المبيع ، وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها ، وإن كان المبيع ثوبا واحدا وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي ، لأن التشقيص في الثوب عيب لأنه يضر في ماليته والانتفاع به . فإن قيل : حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب . أجاب المصنف بقوله (وقد كان وقت البيع) يعنى أنه ليس بمحدث في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا ، بخلاف المكيل والموزون فإن التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر ، وتنبه لكلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سيين قبل القبض في جميع الصور : أعنى فيما يكال أو يوزن أو غيرها . أما العيب فظاهر ، وأما الاستحقاق فلقوله أما إذا كان ذلك قبل القبض ليس له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل تمام ، وتجد حكمهما بعد القبض كذلك إلا في المكيل والموزون لأنه ذكر في العبدين ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر ، وقال في المكيل والموزون رده كله أو أخذه ومراده بعد القبض . ثم قال : ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي . قال (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواه المشتري)

مسقطاً (وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفاً فليس برضا) أما الركوب للرد فلائنه سبب الرد . والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد بدا منه ، إما لصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف في عدل واحد ، وأما إذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا .

مرة (مسقط) له فصار جنس هذه المسائل أن كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والأرض ، فن ذلك العرض على البيع والإجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والدهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب ، بخلاف خيار الشرط فإنه لا يسقط إلا بالمرة الثانية ، لأن الأولى للاختيار الذي لأجله شرع الخيار فلم تكن الأولى دليل الرضا . أما خيار العيب فشرعيته للرد ليصل المشتري إلى رأس ماله إذا عجز عن وصول الجزء الفائت إليه ، فبالمرة الأولى فيه لا يصرفها عن كونها دليل الرضا صارف هذا بالاتفاق ، إنما الخلاف فيما إذا أصر الرد مع القدرة عليه بالراضى أو بالخصومة بأن كان هناك حاكم فلم يفعل ، ولم يفعل ما يدل على الرضا ، فعندنا لا يبطل خيار الرد منه ، وعند الشافعي يبطل والتقييد بحاجته لأنه (لو ركبها ليسقيها أو يردّها على بائعها أو يشتري لها علفاً فليس برضا) . وله الرد بعد ذلك (أما الركوب للرد فإنه سبب الرد) فإنه لو لم يركبها احتاج إلى سوقها فربما لا تنقاد أو ت تلف مالا في الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك إلا الركوب (والجواب في السقي وشراء العلف محمول على حاجته) إلى ذلك فيهما لأنها قد تكون صعبة ، ففي قودها ليسقيها أو يحمل عليها علفها ما ذكرناه مع كونه قد يكون عاجزا عن المشي (أو لكون العلف في عدل واحد) فلا يتمكن من حملها عليها إلا إذا كان راكباً ، وتقييده بعدل واحد لأنه لو كان في عدلين فركبها يكون الركوب رضا . ذكره قاضيخان وغيره . ولا ينبغي أن الاحتمالات التي ذكرنا في ركوبها للسقي أنها لا تمنع الرد معها تجري فيما إذا كان العلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي أن يطلق امتناع الرد إذا كان العلف في عدلين . ولو اختلفا فقال البائع ركبها لحاجة نفسك . وقال المشتري لأردّها عليك فالقول قول المشتري . فأما لو قال البائع ركبها للسقي بلا حاجة لأنها تنقاد وهي ذلول ينبغي أن يسمع قول المشتري لأن الظاهر أن المسوّغ للركوب بلا إبطال حق الرد خوف المشتري من شيء مما ذكرنا لا حقيقة الجموع والصعوبة ، والناس يختلفون في تخيل أسباب الخوف ، فربّ رجل لا يخطر بخاطره شيء من تلك الأسباب وآخر بخلافه . نعم لو حمل عليها علفاً لغيرها كان رضا ركبها أو لم يركبها .

[فرع] وجد بالدابة عيباً في السفر وهو يخاف على حمله عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور

جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عدّ رضا بالعيب لأن ذلك دليل قصد الاستبقاء لأن المداواة لإزالة العيب وهي تمنع الرد ، لأن تقيضه وهو قيام العيب شرط التمكّن من الرد فكانت دليل قصد الإمساك ، ودليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب ، وله ذلك بعيب آخر لأن الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره ، وكذلك الركوب لحاجته ، بخلاف خيار الشرط لأنه للاختبار ، والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطاً (وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفاً فليس ذلك برضا ، أما الركوب للرد فلا فرق) فيه بين أن يكون له منه بدّ أو لا ، لأن في الركوب ضبط الدابة وهو أحفظ لها من حدوث عيب آخر ، وأما للسقي والعلف فمحمول على ما إذا لم يجد منه بدا لصعوبة الدابة لكونها شמושاً ، أو لعجزه عن المشي لضعف أو كبر ، أو لكون العلف في عدل واحد ، أما إذا وجد منه بدّ لانعدام الأولين أو لكون العلف في عدلين وركب

قال (ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له أن يردّه ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : يرجع بما بين قيمته سارقا إلى غير سارق) وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد في يد البائع .

(قوله ومن اشترى عبدا قد سرق) عند البائع . وعلى ما ذكرنا مما وقع في المطارحة لافرق بين أن يسرق عند البائع أو غيره (ولم يعلم) المشتري (به) أي بفعله السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وستأتي فائدة هذا القيد (فقطع عند المشتري) فله أن يردّه (على بائعه) ويأخذ الثمن (كله منه) عند أبي حنيفة (هكذا في عامة شروح الجامع الصغير ، وفي روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن وتوفي بما ذكرنا في المبسوط حيث قال : وعند أبي حنيفة يرجع بنصف الثمن بأن القطع كان مستحقا بسبب كان عند البائع واليد من الآدى نصفه فينتقص قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري الخيار ، إن شاء رجع بنصف الثمن وإن شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن ، كما لو قطعت يده عند البائع ، ولما ثبت الخيار بين رده وإمساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفا إلى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن منصرفا إلى اختياره إمساكه . وفي شرح الطحاوي للإسبغاني : لو قطعت يده بعد القبض إلى آخر الصورة إن شاء رضى بالعبد الأقطع بنصف الثمن وإن شاء ترك . وفي قول أبي يوسف ومحمد : لا يردّه ، ولكنه يرجع بنقصان العيب بأن يقوم عبدا وجب عليه القطع وعبدا لم يجب عليه القطع ويرجع بإزاء النقصان من الثمن إلا إذا رضى البائع أن يردّه فيردّه ويرجع بجميع الثمن ، وحينئذ فلا يخفى ما في نقل المختصر في جواب المسئلة كالمصنف أن له أن يردّه ويرجع بالكل ، وما في نقل المؤلف والمختلف فيما إذا قطعت يده عند المشتري بسرقة عند البائع أنه يرجع بنصف الثمن من الإيقاع في الإلباس ، وأقرب ما يظن أنهما روايتان عنه لولا ما ظهر من الجواب الفصل ابتداء كما كرنا . وعبارة الهداية أخف فإنه قال : فله أن يردّه ويأخذ الثمن فإنها لا تمنع أن له شيئا آخر ، لكن لا يجوز الاقتصار على هذا إلا إذا كان ماله من الآخر المسكوت عنه متفقا عليه فاقصر على محل الخلاف ، لكن الفرض أن الخلاف ثابت في الآخر ، وهو إذا أمسكه فإنه يأخذ النصف عنده وعندهما لا بل يرجع بالنقصان ويمسكه (وقوله وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد عند البائع)

كان الركوب رضا ، لأن حمله حينئذ ممكن بدون الركوب : قال (ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به الخ) رجل اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله أن يردّه ويأخذ الثمن كله ، وله أن يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند أبي حنيفة ، وقالوا : إنه يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن ، وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد أو الردة : لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع أو القتل وهو لا ينافي المالية ؛ ألا ترى أنه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فتكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لأنه يعتمد عليها لكنه متعيب لأن مباح اليد أو الدم لا يشتري كالسالم لأنه أشد من المرض الذي هو عيب بالإجماع ، والمبيع المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه ، وها هنا قد تعذر الرد . أما في صورة القتل فظاهر ، وأما في صورة القطع فلأن الاستثناء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده ، ومثله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان ، كما إذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض فانت في يد المشتري بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وما بين قيمتها غير حامل . وله أن سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضي إلى الوجوب والوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافا إلى السبب السابق فصار كالمستحق ، والمستحق لا يقتضيه العقد فينتقص القبض من الأصل

والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما . لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وأنه لا ينافي المالية فنقد العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما إذا اشترى جارية حاملا فانت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا إلى غير حامل . وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفرض إلى الوجود فيكون الوجود مضافا إلى السبب السابق ، وصار كما إذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجنابة وجدت في يد الغاصب ،

من قتل عمدا أو رده ونحو ذلك : يعني قتل عند المشتري يرجع بكل الثمن حتما . وعندهما بقوم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن . قال المصنف (فالحاصل أنه) أى القطع والقتل : أى ثبوته في العبد (بمنزلة الاستحقاق) ولو استحق كله رجع بالكل أو نصفه كان بالخيار بين أن يرد الباقي ويرجع بالكل وبين أن يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا (وعندهما) ذلك (بمنزلة العيب) وفي المبسوط : فإن مات العبد من ذلك القطع قبل أن يرد لم يرجع إلا بنصف الثمن لأن النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لينتقص قبض المشتري في النصف (لهما أن الموجود عند البائع سبب القتل والقطع) وثبوت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولذا صح بيعه وعقده ، ولو مات كان الثمن مقررا على المشتري وليس لولى القصاص حق في ماليته ، ولذا لو كان لولى القصاص بأبى شراء المشتري إياه صح شراؤه ، ولو كان له حق في ماليته لم يصح ، كما لو أبى المرتن بيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتن بالمالية ، فعرف أن استحقاق العقوبة متعلق بأدميته لا بماليته ، والاستحقاق باعتبار المالية بالقتل وهو فعل أنشأه المستوفى باختياره في النفس بعد ما دخل في ضمان المشتري ، وبه لا ينتقص قبض المشتري لأنه يتعلق بالمال المبيع وينتقص بأخذ المستحق له لأنه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حادثا في يده فنق الرد فيرجع بالنقصان (وصار كما إذا اشترى حاملا) لا يعلم بحملها وقت الشراء ولا وقت القبض (فانت) عنده (بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل) ولفظة إلى في قوله إلى غير حامل ليس لها موقع (وله أن سبب وجوب القطع والقتل) وجد (في يد البائع والوجوب يفرض إلى الوجود فيكون الوجود مضافا إلى سبب) القطع والقتل وهو سرقته الكائنة في يد البائع وقتله فصار موته مضافا إليه وقطعه وصار كأنه قطع أو قتل عند البائع الذى عنده السبب وصار كالعبد المغصوب إذا رده الغاصب على مالكة بعد ما جنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها أو قطع فإنه يرجع على الغاصب بتمام قيمته أو نصفها ، كما لو قتل عند الغاصب بجامع استناد الوجود إلى سبب الوجوب الكائن عند الأول . وإذا كان كذلك فينتقص قبضه كما في الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات المالية فكان المستحق به كأنه المالية ، إلا أنه لا يظهر أثر ذلك إلا بحقيقته فعل الاستيفاء ، وقبله لا يتم في حق ذلك فتبقى المالية فيصح البيع ونحوه ، فأما إذا قتل فقد تم حينئذ الاستحقاق

لعدم مصادفة العقد محله ، أول أنه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن إن رده ، كما لو استحق بعض العبد فردّه وصار كما إذا غصب عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فردّه على المولى فاقتص منه في يده ، فإن الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب . والجواب عن مسألة الحمل أنها ممنوعة فإن ذلك قولهما . وأما على قول أبى حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن إذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما إذا اقتص من العبد المشتري ، ولئن سلمنا فنقول : ثم سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري ، وعن قولهما سبب القتل لا ينافي المالية بأنه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل لأنه يستلزمه فكان بمعنى

وما ذكر من المسئلة ممنوعة . ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا .

وبطلت المالية فظهر أثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرنا (وما ذكر من المسئلة) موت الحامل (ممنوعة) على قول أبي حنيفة ، بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان أبو زيد وفخر الدين قاضيهما رحمهما الله تعالى وإن لم يذكر الخلاف في كتاب البيوع من الأصل استدلالا بما ذكر في الجامع الصغير في الأمة المغصوبة إذا جلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت له أن يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذا ذلك هنا عنده واقتصر المصنف عليه . وإن سلمنا فنقول : الموجود في يد البائع العلق ، وإنما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يقضى إليه غالبا بل الغالب السلامة فليس هنا وجوب يقضى إلى الوجود فهو نظير موت الزائي من الجلد . بخلاف مسئلة الغصب لأن الرد لم يصح لأن شرط صحته أن يردها كما أخذها ولم يوجد فصار كما لو هلك في يد الغاصب ، وهنا الجبل لا يمنع من التسليم إلى المشتري ، ثم إن تلف بعد ذلك بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع فينتقض قبض المشتري فيه ، وإن لم يكن مستحقا لا ينتقض . ونوقض بمسائل : الأولى إذا اشترى جارية محمولة فلم يردها حتى ماتت عنده بالحمى لا يضاف إلى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع أن موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع . وثانها إذا قطع البائع أو غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فمات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لا بالثمن . وثالثها ما إذا زوج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالتكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وإن كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع : ورابعها لو زنى العبد عند البائع فجعله في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن وإن كان موته بسبب كان عند البائع . وخامسها لو سرق عند البائع فقطعت يده عند المشتري فسرى القطع فمات يرجع بنصف الثمن لا بكليه وإن كان موته بسبب كان عند البائع ، أجيب بأن الجارية لا تموت بمجرد الحمى بل بزيادة الألم وذلك بسبب آخر عند المشتري لا في يد البائع فليس مما نحن فيه . وأما الثانية فلأن البيع لما ورد على قطع البائع أو الأجنبي قطع سراية القطع لأن السراية حق البائع فتقطع ببيع من له السراية ، وفيما نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع ، وأما الثالثة فلأن البكارة لا تستحق بالبيع ، حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد إذا لم يكن شرط البكارة فعلمها من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب . وعن الرابعة بأن المستحق هو الضرب المولم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في الحل ، وموته بذلك الضرب إنما هو لعارض عرض في يد المشتري وهو خرق الجملاد أو ضعف الجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدا مستحقا . وأما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط (قوله ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما) أي بالسرقين جميعا (فعندهما يرجع بالنقصان) أي نقصان عيب السرقة الموجودة عند

علة العلة وهي تمام مقام العلة في الحكم ، فن هذا الوجه سارت المالية كأنها هي المستحقة ، وأما إذا مات في يد المشتري فقرر الثمن عليه لأنه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري ، وإذا قتل فقد تم الاستحقاق ، ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كمالك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر إلا في حكم الاستيفاء ، حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كانت الدية لورثته دون من له القصاص . قال (ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري الخ) إذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه آنفا . وعند أبي حنيفة لا يرده إلا برضا البائع بالعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ؛ ثم الأمر لا يخلو من أن يقبله البائع كذلك وأن لا يقبل ، فإن لم يقبله يرجع

وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن ، وإن قبله البائع بثلاثة أرباع لأن اليد من الآدى نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي إحداها رجوع فيتنصف ؛ ولو تداولته الأيدي ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق ، وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب .

البائع (وعند أبي حنيفة) رحمه الله (ليس له أن يرده بلا رضا البائع للعيب الحادث) وهو السرقة عند المشتري والقطع بهما كقولهما ، ولكن إن رضى البائع كذلك رده ورجع بثلاثة أرباع الثمن ، وإن لم يرض به أمسكه ورجع بربع الثمن (لأن اليد في الآدى نصفه) في حق الإتلاف وقد تلفت بالسرقين الكائنين عندهما فيتوزع نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما أصاب المشتري ويرجع بالباقي إن رده بأن رضيه البائع وذلك ثلاثة أرباع الثمن ، وبربعه إن أمسكه بأن لم يرض البائع لأن نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البائع ، وهذا لأن البائع إنما قبله أقطع معيها لأمع أن يتحمل ما لزم المشتري من نقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهما ، كما في الغاصب للعبد إذا سرق عنده ثم رده فسرقت عند المالك فقطع بالسرقين فلما يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة (قوله ولو تداولته الأيدي) بعد أن سرق عند البائع ثم تداولته الأيدي بعده (ثم قطع عند الأخير) بتلك السرقة (رجع الباعة بعضهم على بعض) بالثمن (كما في الاستحقاق عند أبي حنيفة) لأنه أجراه مجرى الاستحقاق ، ولا يخفى أن هذا إذا اختار الرد لأنك علمت أن حكم المسئلة عنده أنه بالخيار بين أن يرده ويرجع بالكل أو يمسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن (وعندهما يرجع الأخير) الذي قطع في يده (على بائعه) بالنقصان (ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب) أما رجوع الأخير فلا لأنه لما لم يبعه لم يصير حابسا للمبيع مع إمكان الرد بالعيب ، وعلمت أن يبيع المشتري للمعيب حبس

المشتري على البائع بربع الثمن لأنها قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد ، وإن قبل يرجع بثلاثة أرباع الثمن لأن اليد نصف الآدى وتلفت بالجنايتين ، وفي إحداها الرجوع على البائع فيقسم النصف عليهما بنصفين والنصف الآخر يرجع فيه على البائع فيرده العبد عليه . فإن قيل : إذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك رجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم لم يكن هنا كذلك ؟ أجيب بأن هذا على قول أبي حنيفة نظرا إلى جريانه مجرى الاستحقاق ، وما ذكرتم لا يتصور فيه . فإن قيل : ألا تذكر ما تقدم أن حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المكيل والموزون فما الذي أوجب الاختلاف هاهنا بينهما ؟ قلنا : بلى لكن ليس كلامنا الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والمعيب ، وما يزل منزلة الشيء لا يلزم أن يساويه في جميع الأحكام فعسى يكنى شها بين مانحن فيه ، والاستحقاق كون العقد غير متناول لينتقص القبض من الأصل لما مر آنفا . قال : ولو تداولته الأيدي : يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع . إذا تداولته الأيدي بالبياعات ثم قطع العبد في يد الأخير ترجع الباعة وهو جمع بائع كالحاكة جمع حائك بعضهم على بعض عند أبي حنيفة كما في الاستحقاق لأنه بمنزلة ، وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه

(قوله والنصف الآخر الخ) أقول : يعني الذي لم ي تلف (قوله فإن قيل ، إل قوله : يستويان) أقول : يعني ما تقدم بورقة تخميناً ، وهو قوله وتبه كلام المصنف نجد حكم العيب والاستحقاق سوين (قوله لينتقص القبض من الأصل لما مر آنفا) أقول : يعني ما تقدم بصحيفة تخميناً ، وهو قوله فينتقص القبض من الأصل لعدم مصادفة العقد محله .

وقوله (في الكتاب ولم يعلم المشتري) يفيد على مذهبهما لأن العلم بالعيب رضا به ، ولا يفيد على قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع (قال : ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يردّه بعيب وإن لم يسمّ العيوب بعددها)

للمبيع سواء علم بالعيب أو لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك (وقوله في الكتاب) أى الجامع الصغير (ولم يعلم به) أى وقت البيع ولا وقت القبض (يفيد على قولهما) لأنه عيب (والعلم بالعيب) عند البيع أو القبض (مسقط للرد والأرش) وأما عنده فعنه روايتان : في رواية كقولهما فلا يرجع إذا علم باستحقاق يده أو نفسه . قال المصنف تبعا لشمس الأئمة : الصحيح أنه يرجع وإن علم بسرقة أو إباحة دمه وقت البيع أو القبض لأن هذا بمنزلة الاستحقاق من وجه والعيب من وجه ، فلهبه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن إذا لم يعلم ، ولهبه بالعيب لا يرجع عند العلم بشيء عملا بالشبهين . ونظر فيه بعضهم بأن هذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن ، وكونه أجرى مجرى الاستحقاق لا يخرج عنه كونه عيبا (قوله ومن باع عبدا الخ) ليس العبد بقيد ، فإن البيع

كما في العيب لأنه بمنزلة ، وهذا لأن المشتري الأخير لم يصرحا بسا حيث لم يبعه ، ولا كذلك الآخرون فإن البيع يمنع الرجوع لنقصان العيب لما تقدم (قوله وقوله في الكتاب) أى قول محمد في الجامع الصغير (ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لأن) هذا مجرى مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضا به ، ولا يفيد على مذهب أبي حنيفة في الصحيح لأنه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع . وقوله (في الصحيح) احتراز عما روى عن أبي حنيفة أنه لا يرجع لأن حل الدم من وجه كالأستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلهبه بالاستحقاق . قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ، ولهبه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء ، لأنه إنما جعل هذا كالأستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه . وقال شمس الأئمة : إذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه ففي أصح الروايتين عن أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضا إذا قتل عنده لأن هذا بمنزلة الاستحقاق . وقال فخر الإسلام : الصحيح أن الجهل والعلم سواء لأنه من قبيل الاستحقاق ، والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع . قيل فيه نظر ، لأننا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع ، لكن لانسلم أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع ، وهذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن ، ولكنه أجرى مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لاحتقيقته ، لأن في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده ، وهنا لا يبطل البيع . والجواب أن كونها أصح أو صحيحا يجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ، ويجوز أن يكون من حيث الدليل . وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لأنهم صرحوا أنه بمنزلة العيب أو أنه عيب من وجه ، وإذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه ، وقد ترجع بجانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فأجرى مجراه . قال (ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب) البيع بشرط البراءة عن كل عيب صحيح

(قوله قيل فيه نظر) أقول : أي فيما قاله فخر الإسلام (قوله والجواب أن كونها أصح أو صحيحا) أقول : لا يخفى عليك أن نزاع القائل إنما هو في صحة الدليل فلا مساس لجوابه الأول فليتأمل (قوله وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع) أقول : أنت خير بأن منع السند بما لا يجوز أحد ، فقوله ممنوع خارج عن الآداب . وجوابه أن المنع متوجه إلى ما جعله المعتبر مبنى لمنعه لا إلى سنده وبينهما فرق . بقى الكلام في صحة المنع بعد إقامة الدليل على المقدمة المنوعة بدون التعرض لدليله فليتأمل . ثم أقول : بقى هاهنا شيء آخر ، وهو أن كونه عيبا لا يمكن أن ينازع فيه لظهور صدق تعريفه عليه ، وأيضا عادة الفقهاء اعتبار الشبهين ومراعاة الجهتين ، وليس في الدلائل المتقدمة ما يقتضى إلغاء جهة العيب ، ولم يقل المعتبر إن حكمه حكم العيب من كل وجه كما لا يخفى .

وقال الشافعي : لاتصح البراءة بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح ، هو يقول : إن في الإبراء معنى التملك حتى يرتد بالرد ، وتمليك المجهول لا يصح . ولنا أن الجهالة في الإسقاط

بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره ، ويبرأ البائع به من كل عيب قائم وقت البيع معلوم له أو غير معلوم ، ومن كل عيب يحدث إلى وقت القبض أيضا خلافا لمحمد في الحادث : وأجمعوا أن البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث في البراءة ، وللشافعي قول كقولنا ، وقول إنه لا يبرأ من عيب أصلا . وثالثها وهو الأصح أنه يبرأ . ويروى عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه ، لما روى أن ابن عمر رضي الله عنهما باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زيد به عيبا فأرادرده فلم يقبله ابن عمر فزاعا إلى عثمان رضي الله عنه ، فقال عثمان لابن عمر : أتحلف أنك لم تعلم بهذا العيب ؟ فقال لا ، فرده عليه . والفرق أن كتمان المعلوم تلبيس ، بخلاف غير المعلوم ، وأما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما ، فذكر المصنف خلافه مطلقا هو أحد أقواله . قال : وهذا (بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح) فنصب الخلاف في المبنى فقال (هو يقول في الإبراء معنى التملك ولهذا يرتد بالرد) حتى لو أبرأ من له الدين مديونه فرده المديون لم يبرأ ، وكذا لا يصح تعليق الإبراء لما فيه من معنى التملك (وتمليك المجهول لا يصح) ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر ، لأنه لا يدري أن المبيع على أي صفة هو ، ولأنه شرط على خلاف مقتضى العقد لأن مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملك . ولنا أن الإبراء إسقاط حتى يتم بلا قبول كالطلاق والعناق بأن طلق نسوته أو أعتق عبيده ولم يدر كم هم ولا أعيانهم ، كأن ورث عبيدا في غير بلده أو زوجته وليه صغيرا فبلغ وهي في غير بلده ، ولذا لا يصح تملك الأعيان بلفظ الإبراء ، ويصح الإبراء بلفظ الإسقاط كأن يقول :

سمى العيوب وعددها أولا علمه البائع أو لم يعلمه وقف عليه المشتري أو لم يقف أشار إليه أولا موجودا كان عند العقد والقبض أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف في رواية . وقال محمد : لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول زفر والشافعي ومالك . وقال زفر : إذا كان مجهولا صح البيع وفسد الشرط (وقال الشافعي : لاتصح البراءة من كل عيب) ما لم يقل من عيب كذا ومن عيب كذا . وكان ابن أبي ليلى يقول : لاتصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري . وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر الدوانيقي ، فقال له أبو حنيفة : أرأيت لو باع تجارية في المأقي منها عيب أكان يجب على البائع أن يرى المشتري ذلك الموضع منها ؟ أرأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برص أكان يلزمه أن يرى المشتري ذلك ؟ وما زال حتى أفحمه وضحك الخليفة مما صنع به . الشافعي يقول : إذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيع فاسد ، وفي قول آخر له : البيع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لاتصح ، لأن في الإبراء معنى التملك ، ولهذا لو أبرأ المديون عن دينه فرد الإبراء لم يصح الإبراء ، وتمليك المجهول لا يصح . ولنا أن الإبراء إسقاط لاتملك لأنه لا يصح تملك العين بهذه اللفظة ويصح الإبراء بأسقطت عنك ديني ، ولأنه يتم بلا قبول والتمليك لا يتم بدونه ، والإسقاط لاتنقض الجهالة فيه إلى المنازعة لأن الجهالة إنما أبطلت التملكيات لقوت التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الإسقاط فلا يكون مبطلا له ،

(قوله أرأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين الخ) أقول : ليس في هذا كثرة شناعة ، إذ لا يلزم رؤية البائع ، والهكى أنه لو اشترى بعض حرم أمير المؤمنين عبدا كذا كان يلزمه أن يرى ذلك .

لا تفضى إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التملك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة ،

أسقطت عنك ديني عليك ، والإسقاط لا يبطل جهالة الساقط ، لأن جهالته (لا تفضى إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التملك) فأنظروا أثره في صحة ردة وعدم تعليقه بالشرط فانتفى المانع ووجد مقتضى وهو تصرف العاقل البالغ بإسقاط حقوقه ، بخلاف التملك فإن جهالة المملك فيه تمنع من التسليم فلا ترتب فائدة التصرف عليه ، أما الإسقاط فإن الساقط يتلشى فلا يحتاج إلى تسليم ، فظهر أن المبطل لملك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ، ولذا جاز بيع قفيز من صبرة ، وإنما امتنع بيع شاة من قطيع للمنازعة في تعيين ما يسلمه للتفاوت . وأما عدم الصحة في قوله أبرأت أحدكم فلجهالة من له الحق ، كما لم يصح قوله لرجل على ألف وصح لفلان على شيء ، ويلزم بالتعيين ، على أن من المشايخ من أجازوه وألزمه بالتعيين كطلاق إحدى زوجتيه : وجه المختار أن الطلاق بعد وقوعه لاجهالة فيه ، وكذا العتاق لمن له الحق لأنه الله تبارك وتعالى ، ولذا لو اتفقا على إبطاله لم يبطل ، ويدل على ما قلنا حديث علي رضي الله عنه حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم ليصلح بين بني خزيمه « ذلك أنه صلى الله عليه وسلم بعث أولا خالد بن الوليد فقتل منهم قتلى بعد ما اعتصموا بالسجود ، فدفع صلى الله عليه وسلم إلى علي مالا فوداهم حتى ميلة الكلب ، وبقي في يده مال فقال : هذا لكم مما لا تعلمون ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر به » وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة ، وروى « أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث درست ، فقال صلى الله عليه وسلم : استهما وتواخيا الحق وليحل كل واحد منك صاحبه » وفيه إجماع على للمسلمين لأن من حضره الموت في كافة الأعصار استحل من معاملته من غير نكير ، والمعنى الفقهي ما ذكرنا ، والغرور والله أعلم لإيهام خلاف الثابت . ومنه ولد المغرور للمغرور بحرية امرأة ليتزوجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نهى على إيهام العيوب وبقائه في يده بها فلم يغيره . وقوله شرط ينافي مقتضى العقد وهو السلامة . قلنا يوافق مقتضاه وهو اللزوم ، وكون السلامة مقتضاه إن أردت العقد المطلق سلمناه ، أو المقيد بشرط البراءة من العيوب إن كانت منعاه ، وإلا لزم أن

ولهذا جاز طلاق نسائه وإعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم . وقوله (وإن كان في ضمنه التملك) إشارة إلى الجواب عن قوله يرتد بالرد . وتقريره أن ذلك لما فيه من معنى التملك ضمنا ، وهو لا يؤثر في فساد ما قلناه لأننا بينا أن محض التملك لا يبطل بجهالة لانقوت التسليم ، كما إذا باع قفيزا من صبرة فلان لا يبطل الإسقاط الذي فيه معنى التملك ، والمسقط متلاش لا يحتاج إلى التسليم أولى . ووجه قول محمد إن البراءة تتناول الثابت حال البراءة لأن ما يحبس مجهول لا يعلم أيحدث أم لا وأي مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله . وأبو يوسف يقول : الغرض من الإبراء إلزام العقد بإسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث . فإن قيل : لو نص بالحادث فقال بعث بشرط البراءة عن كل عيب أو ما يحدث فالبيع فاسد بالإجماع ، والحكم الذي يفسد تنصيبه كيف يدخل في مطلق البراءة ؟ قلنا لا نسلم الإجماع فإنه ذكر في الذخيرة أنه يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد ، سلمناه ولكن الفرق لأن ظاهر لفظه هاهنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا ، وقد يدخل في التصرف تبعا مالا يجوز أن يكون مقصودا .

(قوله ولهذا جاز طلاق نسائه وإعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم) أقول : بأن زوج أولياته في صفة نسوة لا يعلم كم هن ، والله أعلم .

لا يدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف. وقال محمد رحمه الله : لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لأن البراءة تتناول الثابت . ولأبي يوسف أن الغرض للإزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث .

لا يصبح شرط البراءة من العيوب المسماة إن ظهرت وجوازه اتفاقاً . وقوله (ويدخل في هذه البراءة) يعنى البراءة المذكورة في الكتاب ، فإن الإشارة إليها وهى البراءة من كل عيب . واحترز بالإشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به ، وقد ذكرنا أنه لا يبرأ عن العيب الحادث بالإجماع ، والمراد بقوله (في قول أبي يوسف) ظاهر الرواية عنه وهو قول أبي حنيفة (وقال محمد : لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر) والحسن بن زياد والشافعي ومالك ورواية عن أبي يوسف (لأن البراءة تتناول الثابت) فتصرف إلى الموجود عند العقد فقط (ولأبي يوسف أن) الملاحظ هو المعنى والغرض ، ومعلوم أن (الغرض) من هذا الشرط (الإزام العقد بإسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة) ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بخال (وذلك بالبراءة عن كل عيب) يوجب للمشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك ، فاقضى القرض المعلوم دخوله . وأورد أنه ذكر في شرح الطحاوى أنه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصبح بالإجماع فكيف يصبح من أبي يوسف لإدخال الحادث بلا تنصيص وهو مع التنصيص عليه يبطله . أوجب بمنع أنه لإجماع بأن في النخبة إذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصبح عند أبي يوسف خلافاً لمحمد . وذكر في المبسوط في موضع آخر لا رواية عن أبي يوسف فيما إذا نص على البراءة من كل عيب حادث ، ثم قال : وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد . ولئن سلمنا فالفرق أن الحادث يدخل تبعاً لتقرير غرضهما ، وكما من شيء لا يثبت مقصوداً ويثبت تبعاً ، ولو اختلفا في عيب أنه حادث بعد العقد أو كان عنده لا أثر لهذا عند أبي يوسف . وعند محمد القول قول البائع مع يمينه على العلم أنه حادث ، لأن بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة ، وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطن ، فإذا ادعى باطناً ليزيل به ظاهراً لا يصدق إلا بحجة . وعند زفر القول للمشتري لأنه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما أسقط قوله .

[فروع] جمعها في الدراية : شرط البراءة من كل عيب به أو خص ضرباً من العيوب لم ينصرف إلى الحادث بالإجماع ويصبح تخصيصه ، ولو شرطها من عيب واحد كشجرة فحدث عند المشتري عيب أو موت فاطلع على عيب آخر كشجرة أخرى فأراد أن يرجع بالنقصان لا تمتنع الرد بالعيب الحادث اعتبر أبو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به إليه وجعله محمد للمشتري فيرد بأيهما شاء . ولا يخفى أن هذا إذا لم يعين الشجرة المتبرأ منها عند البيع بل أبرأه من شجرة به أو عيب . ولو أبرأه من كل غائلة فهي السرقة والإباق والفجور ، وكذا روى عن أبي يوسف . ولو أبرأه من كل داء ، فعن أبي حنيفة الداء ما في الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضاً . وقال أبو يوسف : يتناول الكل وتقدم أول الباب ذلك . وفي جمع التفاريق قطع الأصبع عيب

والجواب عن قوله إن ما يحدث مجهول أن مثله من الجهالة غير مانع في الإسقاط كما تقدم (قوله ويدخل في هذه البراءة) احتراز عما لو قال بعث هذا العبد على أنى برىء من كل عيب به فإنه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع لأنه لما قال به اقتصر على الموجود .

(باب البيع الفاسد)

والأصبعين عيان والأصابع مع الكف عيب واحد . ولو قبل في الثوب بعيوبه ببراً من الخروق وتدخل الرقع والرفوف . ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء ، ومن كل قرح تدخل القروح الدامية . وفي المحيط : أبرأتك من كل عيب بعينه فإذا هو أعور لا يبرأ لأنه عديمها لا عيب بها . ولو قال أنا برىء من كل عيب إلا إياقه برىء من إياقه . ولو قال الإباق فله الرد بالإباق ، ولو قال أنت برىء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك . ولو قال المشتري ليس به عيب لم يكن إقراراً بانتفاء العيوب ، حتى لو وجد به عيباً رده . ولو عين فقال ليس بآبق صح لإقراره . ولو وجد به عيباً فاصطالحا على أن يدفع أو يحط ديناراً جاز . ولو دفعه المشتري ليرد لم يميز لأنه ربا وزوال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما بذل أو حط إذا زال . ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرد . ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب بدرهم جاز وإن لم يجد به عيباً ؛ ولو قال اشتريت منك العيوب لم يميز وحذف الحروف أو نقصها أو النقطة أو الإعراب في المصحف عيب ، ولو وجد به عيباً فاصطالحا على أن يحط كل عشرة ويأخذ الأجنبي بما وراء المخطوط ورضى الأجنبي بذلك جاز وجاز حط المشتري دون البائع ؛ ولو قصر المشتري الثوب فإذا هو متخرق وقال المشتري لا أدري تخرق عند القصار أو عند البائع فاصطالحوا على أن يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهما والبائع درهما جاز ، وكذا لو اصطالحا على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهما ويترك المشتري درهما قيل هذا غلط ، وتأويله أن يضمن القصار أولاً للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك للبائع . وفي المجتبى : أدخل المشتري القدوم في النار أو حطب المنشار أو حلب الشاة أو البقرة لم يرد سواء كان في المصرة أو غيرها . وفي المصرة يرد بقلعة اللبن عند الشافعي ومالك وأحمد وزفر ورواية عن أبي يوسف : والمصرة شاة ونحوها سد ضرعها ليجتمع لبنها ليظن المشتري أنها كثيرة اللبن فإذا حلبها ليس له ردها عندنا . وهل يرجع بالتقصان ؟ في رواية الكرخي لا ، وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة ، وقيل لو اختيرت هذه للفتوى كان حسناً لغرور المشتري بالتصيرية . ولو اغترى بقول البائع هي حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا . ولو وقف الأرض أو جعلها مسجداً ثم اطلع على عيب امتنع الرد ، والرجوع بالأرض عند محمد . وعند أبي يوسف يرجع بالأرض . ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجدتها معيبة ردها في الحال لأنه إن جمع غلاتها فهو رضا ، وإن تركها يزداد العيب فيمتنع الرد .

(باب البيع الفاسد)

البيع جائز وغير جائز ، والجائز ثلاثة أنواع : بيع الدين بالعين وهو السلم ، وبيع العين بالعين وهو المقايضة ، وبيع العين بالدين وهو البيع المطلق . وغير الجائز ثلاثة أنواع : باطل وفاسد وهو بيع ما ليس بمال الخمر والمذنب والمعلوم كالسمن في اللبن ، وغير مقلدور التسليم كالآبق وموقوف . حصره في الخلاصة في خمسة عشر : بيع العبد والعبي المحجورين : أى موقوف على إجازة المولى والأب أو الوصى ، وبيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضي

(باب البيع الفاسد)

(باب البيع الفاسد)

وبيع المرهون والمستأجر وما في مزارعة الغير يتوقف على إجارة المرتهن والمستأجر والمزارع ، فلو تفاسخا الإجارة أورد الرهن لوفاء أو إبراء لزمه أن يسلمه للمشتري ، وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على إجارة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد أصلا حتى لو تفاسخا لا ينفذ ، وفي العقار على الخلاف المعروف . وبيع المرتد عند أبي حنيفة والبيع برقمه وبما باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس ، وبيع فيه خيار المجلس وبمثل ما يبيع الناس وبمثل ما أخذ به فلان ، وبيع المال المغصوب ذكره محمد إن أقر الغاصب أو جعله للمغصوب منه بينة تم البيع وبيع مال الغير . ولتتم ما يتعلق بالمرهون والمستأجر والمغصوب : ذكر أنه إذا رجع الرهن والمستأجر إلى الراهن والمؤجر ففسخ أو بغيره يتم البيع ، وكذا إذا أجاز المستأجر والمرتهن ، فإن لم يميزا وطلب المشتري من الحاكم فسخ العقد فسخه ، وللمشتري الخيار إذا لم يعلم الرهن والإجارة وقت البيع ، وكذا إن علم عند محمد . وعند أبي يوسف إن علم ليس له حق الفسخ فقيل ظاهر الرواية قول محمد ، وقيل بل قول أبي يوسف ، وليس للمستأجر حق فسخ البيع بلا خلاف . وفي المرتهن خلاف المشايخ ، وليس للراهن والمؤجر حق الفسخ ، ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الأصح ، وقيل لا لأنه أخلف بدلا . وروى بشر عن محمد وابن سنان عن أبي يوسف أنه يجوز ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى . وعن أبي حنيفة روايتان ، وتقدم أن المزارعة والإجارة سواء : أعني سواء كان البذر منه أولا ، فإن أجاز فلا أجر لعمله . وفي النوازل : فلو أجاز المزارع فكلما النصيبين للمشتري وكذا في الكرم ، وإن كانت الأرض فارغة في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع ، وبه أخذ المرغيناني ذكره في المجتبى . ثم وجه تقديم الصحيح عن الفاسد أنه الموصول إلى تمام المقصود ، فإن المقصود سلامة الدين التي لها شرعت العقود وليندفع التغالب والوصول إلى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة . وأما الفاسد فعقد مخالف للدين ، ثم إنه وإن أفاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه إذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن إذ لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد . وفي قوله إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في الأعم من الفاسد والباطل ، فالشارحون على أن ذلك الفاسد أعم من الباطل لأن الفاسد غير المشروع بوصفه بل بأصله ، والباطل غير المشروع بواحد منهما ، ولا شك أنه يصدق على غير المشروع بواحد منهما أنه غير مشروع بوصفه ، وهذا يقتضى أن يقال حقيقة على الباطل ، لكن الذي يقتضيه كلام أهل الفقه والأصول أنه يباينه ، فإنهم قالوا : إن حكم الفاسد إفادة الملك بطريقة والباطل لا يفيد أصله فقابلوه به وأعطوه حكما يباين حكمه وهو دليل تباينهما . وأيضا فإنه مأخوذ في مفهومه أو لازم له أنه مشروع بأصله لا وصفه . وفي الباطل غير مشروع بأصله فيبينهما تباين ، فإن المشروع بأصله وغير المشروع بأصله متباينان فكيف يتصادقان . اللهم إلا أن يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الأعم والأخص المشروع بأصله لا بوصفه في العرف ، لكن نجعله مجازا غريبا في الأعم لأنه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ، ولذا يوجه بعضهم الأعمية بأنه يقال للحم إذا صار بحيث لا ينتفع به للود والنسوس بطل اللحم ، وإذا أتت وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغة ، ولذا أدخل بعضهم أيضا

(وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر ، وكذا إذا كان غير مملوك كالحر)

في البيع الفاسد بشموله المكروه لأنه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور ، ثم الفاسد بالمعنى الذى يعم الباطل يثبت بأسباب منها الجهالة المفضية إلى المنازعة في المبيع أو الثمن ؛ فخرج نحو جهالة كمية قفزان الصبرة وعدد الدراهم فيما إذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعدم ملك المبيع للبائع ، والفاسد بمعنى البطلان إلا في السلم أو مع الملك لكن قبل قبضه . ومنها العجز عن التسليم أو التسليم إلا بضرب كجذع من سقم . ومنها الغرر كضربة القانص والشرط الفاسد ، بخلاف الصحيح ، وتدخل فيه صفتان في صفقة كبيع كذا على أن يبيعه كذا ، والاتباع مقصودا كحيل الحيلة تدخل في عدم الملك ، وبيع الأوصاف كإلية شاة حية يرجع إلى منافي تسليمه ضرر إذا لا يمكن شرعا إلا بذبحها إذ في قطعها حية عجز عن التسليم لأنها تصير ميتة يبطل بيعها ، وكون البيع من البائع بما هو من جنس ثمن المتباع به وهو أقل منه قبل نقد الثمن ، وعدم التعيين في بيع كبيع هذا بقبض حنطة أو شعير مستدرك للخوله في جهالة الثمن (قوله إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر ، وكذا إذا كان) أحدهما (غير مملوك كالحر) هذا لفظ القلورى ، وقد ذكرنا آنفا أن لفظ فاسد يراد به ما هو أعم من الباطل لأن أحد العوضين يصدق على كل من المبيع ، والثمن إما حقيقة أو تغليباً كما قيل بناء على أن العوض خاص بالمبيع لأنه يراد

تأخير غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج إلى تنبيه ، ولقب الباب بالفاسد وإن كان مشتملاً عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه ، والباطل هو مالا يكون صحيحاً أصلاً ووصفاً ، والفاسد هو مالا يصح وصفاً ، وكل ما أوردت خلافاً في ركن المبيع فهو مبطل ، وما أورثه في غيره كالتسليم والتسليم الواجبين به والانتفاع المقصود منه وعدم الإطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد ، وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال : البيع بالميتة لغة وهو الذى مات حتف أنفه ، والدم والحرّ باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى ، لأن هذه الأشياء لا تغدّ مالا عند أحد ممن له دين ساهوى ، وإنما قيدنا بقولنا لغة لتخرج الخنوقة وأمثالها كالخرجة بالمذبوحة في غير المذبح فإن ذلك عندهم بمنزلة اللبيرة عندنا ، ولهذا إذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف في التجنيس وإن كان ميتة عندنا ، بخلاف الميتة حتف أنفه فإن يبيعه فيما بينهم لا يجوز لأنها ليست بمال عندهم ، وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بيعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهى مبادلة المال بالمال ، فإنه أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض أهل الكفر ، وإنما أولنا بذلك لأنه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم ؛ لأن الشرع أبطل تقومها في حق المسلمين لئلا يتمولوها كما أبطل قيمة الجودة بانفرادها في حق المكمل والموزون ، ولو أراد بقوله

(قوله ولقب الباب بالفاسد الخ) أقول : ولعل الأولى أن يقال في وجه التلقب أراد بالفاسد المعنى الأعم للباطل لا المقابل له (قوله كالتسليم والتسليم الواجبين به) أقول : ضمير به راجع إلى البيع (قال المصنف : كالبيع بالميتة) أقول : الميتة في اللغة وهو الذى مات حتف أنفه فلا يرد الخنوقة وأمثالها إلى كمال اللبيرة عندهم حيث جاز بيعها فيما بينهم فإنها ليست ميتة لغة وإن كانت ميتة عندنا (قوله وعلى هذا) إلى قوله : والبيع بالخمر والخنزير فاسد (أقول : فيه بحث فإن البيع بالخمر والخنزير يقضى بصحته عند أهل اللغة فكيف تستقيم لإرادة العموم ؟ وجوابه أنه ليس محرماً عندهم ، تأمل فإن فيه مالا يخفى (قوله أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم الخ) أقول : وأنت غير بأن قيد التقوم بما لا حاجة إليه في إثبات المطلوب (قوله وإنما أولنا بذلك) أقول : أشار به إلى قوله متقوم (قوله لأنه مال عندنا بلا خلاف) أقول : فلا وجه لتخصيص البعض .

قال رضى الله عنه : هذه فصول جمعها ، وفيها تفصيل نبيته إن شاء الله تعالى فنقول : البيع بالميتة والدم باطل ، وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ، فإن هذه الأشياء لاتعد مالا عند أحد ، والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض ،

به المعوض ، ولا شك أن المبيع إذا كان محرما لأصبح ، فإن كان مالا فالبيع باطل كالخمر ، وكذا الثمن إذا كان محرما ميتة فهو باطل ، فلذا قال المصنف رحمه الله (هذه فصول جمعها) أى فى حكم واحد وهو الفساد (والواقع أن فيها تفصيلا) يعنى ليس كلها فاسدا ، فإن منها ما هو باطل وهذا مما يبين لك أن المعروف فى عرف فقهاءنا التباين بين الباطل والفساد ، فإن الأعم لا يبنى عن الأخص : قال (فنقول : البيع بالميتة والدم باطل) لا فاسد بإجماع علماء الأمصار (وكذا بالحر) بأن يجعل الميتة والحر ثمنًا لثوب مثلا ، وذلك (لانعدام ركن البيع الذى هو مبادلة المال بالمال ، فإن هذه الأشياء لاتعد مالا عند أحد) يعنى ممن له دين سواى فلذا كان البيع بالحر باطلا وإن كان مالا عند بعض الناس (و) أما (البيع بالخمر والخنزير) ففساد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه أى كلا من الخمر والخنزير (مال عند البعض) وهم أهل الذمة كما سيصرح به فى وجه الفرق حيث قال : إنه مال لأهل الذمة لحلها عندهم ، وهذا من المصنف يفيد انتفاء المالية عنها بالكلية فى شرعنا وهو كذلك ، غاية الأمر أن الاصطلاح على تسمية البيع بثمان هو مال فى بعض الأديان فاسد ، وبما ليس مالا فى دين سواى باطل وهذا سهل ، وإنما الإشكال فى جعل حكمه الملك قلنا فيه نظر نذكره إن شاء الله تعالى . ثم قال (أما بيع الخمر والخنزير) يعنى إذا جعل مبيعا (فإن كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ، وإن كان بعين) بيع المقايضة (ففساد . والفرق أن الخمر مال) فى الجملة فى شرع ثم أمر بإيهاتها فى شرع نسخ الأول ، وفى تملكه بالعقد مقصودا لإعزاز له حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء ، بخلاف جعله ثمنًا ، وإذا بطل كون الخمر مبيعا فلا بد أن يبطل إذا جعل الميتة والخمر مبيعا أولى ، ومقتضى هذا أن يبطل فى المقايضة بطريق أولى لأن كلامهما مبيع ، لكن لما كان كل منهما ثمنًا أيضا كما أن كلامهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثنية والبيعانية فى كل منهما ، فاعتبر الخمر ثمنًا والثوب مبيعا والعكس وإن كان ممكنا لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصرف العقلاء المكلفين باعتبار الإعزاز للثوب مثلا فيبقى ذكر الخمر معتبرا لإعزاز الثوب لا الثوب للخمر فوجب قيمة الثوب لا الخمر ، ولا فرق بين أن تدخل الباء على الثوب أو الخمر فى جعل الثوب المبيع . وجه البطلان فى بيع هذه الأشياء النص ، لقوله صلى الله عليه وسلم عن الله تعالى « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حرا فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره » ومعنى أعطى بي : أعطى ذمة من اللغات ، ذكره فى صحيح البخارى . وقوله صلى الله عليه وسلم فى الصحيح « لعن الله الخمر إلى أن قال : وبائعيها » وفى الصحيحين « لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها فأكلوا ثمنها » وحديث « إن الله تعالى إذا حرم شيئا حرم ثمنه ، وأما الإجماع فظاهر : ثم المراد بالميتة التى يبطل العقد بها وعليها التى ماتت حتف أنفها ، أما المنخقة والموقوذة فهى وإن كانت فى حكم الميتة شرعا فإننا نحكم بجوازها إذا وقعت بينهم لأنها مال عندهم كالخمر . كذا ذكره المصنف فى التجنيس مطلقا عن الخلاف . وفى جامع الكرخى : يجوز بينهم عند أبى يوسف خلافا لـ محمد . وجه قول محمد أن أحكامهم كأحكامنا شرعا إلا ما استثنى بعد الأمان ، والذى استثنى الخمر والخنزير فيبقى ماسوى ذلك على

عند بعض المسلمين لم يحتج إلى تأويل لكنه خلاف الظاهر .

والباطل لا يفيد ملك التصرف ؛ ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء . وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدير على مانئيه إن شاء الله تعالى ، والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه .

الأصل . واتفق الرواة عن أبي حنيفة أن بيع الأشربة المحرمة تجوز إلا الخمر ، ومنع جواز كل ما حرم شربه : وثبت الضمان على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع . وقوله في النخبة في المنخقة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح ، لأنها وإن كانت ميتة عندنا فهي مال عند أهل اللمة فيجب أن البيع فاسد فكانت كالخمر ثم الباطل لا يفيد ملك التصرف . ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه أي في البيع الباطل (يكون أمانة عند بعض المشايخ) هو أبو نصر بن أحمد الطواويسى وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (لأن العقد غير معتبر فبقي) مجرد القبض بإذن المالك (وذلك لا يوجب الضمان) (وعند البعض) كشمس الأئمة السرخسى وغيره (يكون مضمونا) بالمثل أو القيمة وهو قول الأئمة الثلاثة (لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء . وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما) الخلاف الكائن بينهم في (أم الولد والمدير) إذا بيعا فائتا عند المشتري لا يضمنهما عند أبي حنيفة ويضمنهما عندهما . والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليشتري مع تسمية الثمن بلا إبرام بيع كأن يقول : اذهب بهذا فإن رضيتته اشتريته بعشرة ، فإذا هلك ضمن قيمته ، فإذا ضمن هذا مع أنه لم يوجد فيه صورة العلة فلا يضمن فيما نحن فيه مع أنه وجد ذلك أولى ، ولم ينصر المروى عنه من عدم الضمان أن الضمان في المقبوض على سوم الشراء إن قلت إنه عند صحة كون المسمى ثمننا كالدراهم على ما ذكرنا من قوله إن رضيتته اشتريته بعشرة سلمناه ، وهو منتف في تسمية المحرم كالخمر وإن قلت عند التسمية مطلقا منعاه فيجب تفصيله وهو أنه إن كان البطلان لعدم مالية الثمن أصلا لا يضمن ، وإن كان لعدم المبيع كما لو باعه على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم مثلا فقبضه يصير مضمونا (والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به) إذا كان القبض بإذن المالك باتفاق الروايات فيملكه ويصير مضمونا عليه بالمثل إن كان مثليا أو القيمة ، وكذا إذا

وقوله (والباطل لا يفيد ملك التصرف) كأنه إشارة إلى الفرق بين الباطل والفاسد ، والباطل لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة (ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون أمانة عند بعض المشايخ) أبي أحمد الطواويسى وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة نص على ذلك في السير الكبير ، نقله أبو المعين في شرح الجامع الكبير (لأن العقد) باطل والباطل (غير معتبر) والقبض بإذن المالك فيكون أمانة (وعند بعض آخر) شمس الأئمة السرخسى وهو رواية ابن سبابة عن محمد أنه (يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء) لوجود صورة العلة هاهنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكللك هاهنا ؛ والمقبوض على سوم الشراء هو أن يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فإن رضيتته اشتريته بعشرة . أما إذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن ، نص عليه الفقيه أبو الليث في العيون . قيل وعليه الفتوى . وقال محمد بن مسلمة البلخى (الأول قول أبي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدير على ما نيته إن شاء الله تعالى ، والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به) أي إذا كان ذلك القبض بإذن المالك باتفاق الروايات ، وأما إذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير إذن البائع ذكر في المأفون أنه لا يملك . قالوا : ذلك

وفيه خلاف الشافعي رحمه الله ، وسنبينه بعد هذا . وكذا بيع الميتة والدم والحرّ باطل لأنها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع . وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ، وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير . ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل النعمة إلى أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانتها وترك إعزازه ، وفي تملكه بالعقد مقصودا إعزازه ، وهذا لأنه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة ، وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلا ، بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن المشتري للثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر ، وفيه إعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر ، وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه لا يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة .

قبضه في مجلس العقد بغير إذنه على الصحيح ، وفي غير مجلس العقد هل يملكه ؟ سيأتي تمام هذه المسائل في أحكام البيع الفاسد ، وكذا الخلاف في أن المملوك التصرف أو العين . ووجه لزوم القيمة وما عليه من الإشكال . وقوله (وفيه) أي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد (خلاف الشافعي) وكذا مالك وأحمد باعتبار أن الفاسد هو

محمول على ما إذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع بالقبض بالخمر والخنزير ، وأما إذا كان شيئا يملكه قبض الثمن منه يكون إذنا بالقبض . فإن قيل : لو أفاد ذلك الملك لحاز للمشتري وطء جارية اشتراها فاسدا ونجاز أخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة بشراء فاسد ويحل أكل طعام اشتراه كذلك لأن الملك مطلق له لكن ليس له ذلك . فالجواب أن ما لم يحل وطؤها وأكله لم تثبت الشفعة فيما ذكرت لأن في الاشتغال بالوطء والأكل إعراضا عن الرد ، وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتأكيده فلا يجوز . واعلم أن المشايخ اختلفوا في منى جواز التصرف للمشتري في المشتري بشراء فاسد : فذهب العراقيون إلى أنه منبني على تسليط البائع على ذلك لأعلى ملك العين ، واستدلوا بالمسائل المذكورة . قالوا لو ملك العين الملك الأمور المذكورة ولم يملكها . وذهب مشايخ بلخ إلى أن جواز التصرف بناء على ملك العين . واستدلوا بما إذا اشترى دارا بشراء فاسد وقبضها فبيع ينجبها دار أخرى فالمشتري أن يأخذها بالشفعة لنفسه . ولو اشترى جارية بشراء فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء . ولو باع الأب أو الوصي عبديتم بيعا فاسدا وقبضه المشتري ثم أعتقه جاز عتقه ، وأو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لأن عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الأحكام أنه يملك العين . وأجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الأصح . وإذا كان مفيدا للملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضمونا في يد المشتري فيه : أي في البيع الفاسد : وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا في أول الفصل الذي يلي هذا الباب (قوله وكذا بيع الميتة) يعني كما أن البيع بهذه الأشياء باطل فكذا بيع هذه الأشياء لأنها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع ، وأما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو إما أن يكون بالدين كالدراهم والدنانير أو بالعين ، فإن كان الأول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها ، وإن كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد ملك ما يقابلها من البديل بالقبض . ووجه الفرق بين الصورتين أن الخمر مال وكذا الخنزير عند أهل النعمة إلا أنه غير متقوم : أي غير معزز يقابله قيمة لأن الشرع أمر بإهانتها وترك إعزازه ،

(قوله فالجواب إنما لم يحل وطؤها) أقول : وسيجيء في فصل أحكام البيع الفاسد : منع قوم حل تناول الطعام المشتري شراء فاسدا ، وعدم حل وطء الجارية المشتراة كذلك (قوله إلا أنه غير متقوم) أي غير معزز . أقول : عز لازم ، فالظاهر أن يقول غير معزز ،

قال (ويبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » وسبب الحرية انعقد في المدير في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت ،

عندهم الباطل ، وسببته المصنف في فصل أحكام البيع الفاسد : أى يبين الوجه من الجانبيين (قوله ويبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) هذا لفظ القدرى . قال المصنف (ومعناه باطل لأن استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم) بجهة لازمة على المولى بقوله صلى الله عليه وسلم في أم الولد « أعتقها ولدها » وأقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على وجه اللزوم وبتصحیح التدبير شرعا ، وتصحيحه يوجب انعقاد التدبير سببا للعتق في الحال لانتهاء أهلية الإعتاق عن السيد بعد موته والإجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا في الحال

ومأمر الشرع بترك إعزازه لا يكون معزوزا فلا يكون متقوماً ، وفي تملكه بالعقد مقصودا : أى يجعله مبيعا إعزاز له وهو خلاف المأمور به ، وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لأنه متى اشتراها بالدرهم والدنانير فالدرهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة وإنما المقصود الخمر ، وفي جعله كذلك خلاف المأمور به فيسقط التقويم أصلا لثلا يقضى إلى خلاف المأمور به . وحينئذ يكون البيع باطلا ، بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب يجعله مبيعا إنما يقصد تملك الثوب ، بوسيلة الخمر ، وفيه إعزاز للثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك إعزازها ولا خلاف ما أمر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجب قيمة الثوب دون الخمر ، وكذا إذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا ، وإن وقع الخمر مبيعا والثوب ثمننا بدخول البائع لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمننا ومثمننا ، فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجع جانب الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الإمكان . قال (ويبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد) أى باطل ، وإنما فسره بذلك لثلا يتوهم أنه يفيد الملك باتصال القبض والأمر بخلافه ، والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لأن استحقاق العتق قد ثبت الخ ، وتحقيقه أن بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لأن استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليها الإبطال وثبوت الملك يبطلها ، وأحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت لقوله صلى الله عليه وسلم « أعتقها ولدها » فينتفى الآخر . لا يقال : وهو متروك الظاهر لأنه يوجب حقيقة العتق وأنتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا لأن المجاز مراد بالإجماع ، وكذلك المناقاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدير في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتناقى اللوازم لأن الملك مع الحرية لا يجتمعان ، فكذلك سبب الحرية والبيع وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال ، لأنه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان إما غير ثابت مطلقا أو ثابتا بعد الموت ، والأول باطل لأنه يستلزم إهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والإعمال أولى ، وكذلك الثانى لأن ما بعد الموت حال بطلان الأهلية ، فتى قلنا إنه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا إلى بقاء الأهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة إلى القول بانعقاد التدبير سببا في الحال وتأخر الحكم إلى ما بعد الموت ، وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة ، لكن استحقاق اليد اللازمة في حق المولى ثابتة لأنه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفى الآخر ، وإنما قيد بقوله في حق المولى لأنها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيزه نفسه . فإن قيل : لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحينئذ بطل بيع التمن المضموم

(قال المصنف : ويبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد ومعناه باطل) أقول : قال الزيلعى : أى في حق نفسه لا فيما يقابله انتهى ، فإن ما يقابله يملك بالقبض ، إلا أنه سيجىء في آخر هذا الباب أن البيع فيما ذكر موقوف (قوله لا يدخل عليها الإبطال) أقول : والنقص أن ينازع فيه .

والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ، ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ، ولورضى المكاتب بالبيع فقيه روايتان ، والأظهر الجواز ، والمراد المدبر المطلق دون المقيد . وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله ، وقد ذكرناه في العتاق .

(والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى) حتى لا يملك فسخ الكتابة (فلو ثبت الملك) للمشتري (بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز) البيع وما لا يفيد الملك من البيع فهو باطل ، وذكر في الأصل حديث سعيد بن المسيب قال « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعنق أمهات الأولاد من غير الثلث وقال : لا يبعن في دين » وحديث « أعتقها ولدها » تقدم في باب الاستيلاء ، وإذا كان أقل ما يوجب هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالجواز مراد بالإجماع (ولورضى المكاتب فقيه روايتان ، والأظهر جواز بيعه) وتنسخ الكتابة في ضمنه لأن الزوم كان لحقه وقد رضى بإسقاطه (والمراد) بالمدير (المدبر المطلق) وتقدم خلاف الشافعي رحمه الله في جواز بيعه في كتاب العتاق ، أما المقيد فجواز بيعه اتفاق . واستشكل حكم المصنف بأن يبيع المدبر وأخويه باطل فإنه يوجب كونهم كالحر ، ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن إذا جمع مع مدبر أو أم ولد أو مكاتب كما إذا ضم إلى حر وهو منتف ، بل يصح بيع القن ويلزم مشتريهما حصته من الثمن المسمى . وأجيب بأن المراد من قوله باطل أنهم لا يملكون بالقبض كما لا يملك الحر فكانوا مثله ، فلو قال فاسد ظن أنهم يملكون . وأما تملك القن المضموم إليهم فلدخولهم في البيع لصلاحيتهم لذلك بدليل جواز بيع المدبر من نفسه ، ولذا لو قضى قاض بجواز بيعه نفذ ، وكذا أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف في أصح الروايتين . وهذا الجواب ربما يوهم أنه بيع فاسد ، ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض . والحق أن الحاجة إلى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه

إليهم في البيع كالمضموم إلى الحر والأمر بخلافه . فالجواب أن بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محلية البيع أصلا بثبوت حقيقة الحرية ، وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها ، والفرق بينهما بين ولهذا جاز بيع أم الولد والمدبر والمكاتب من أنفسهم ، ولو قضى القاضى بذلك نفذ قضاؤه ، وإذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محالا في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم بقى القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز بخلاف الحر فإنه لما لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وأنه باطل على ما يبيح . قال (ولورضى المكاتب بالبيع فقيه روايتان والأظهر الجواز الخ) لأن عدمه كان لحقه ، فلما أسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع . وروى في النواذر أنه لا يجوز ، والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالتفسير المار في التدبير ، وفي المطلق خلاف الشافعي ، وقد تقدم فيه . وإن ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالوا : يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن أبي حنيفة ، وهذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر . روى المعلى عن أبي حنيفة أنه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب ، وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنها لا تضمن بالبيع والغصب لأنها لا تقوم لماليتها . والفرق لأبي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في غير رواية المعلى أن ضمان البيع وإن أشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض ، لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لأن الملك إنما يثبت بهذا الاعتبار ، فإذا لم يكن محالا للبيع انهدرت هذه الجهة فبقى قبضا بإذن المالك فلا يجب الضمان . لهما أنه أى كل واحد منهما من المدبر وأم الولد مقبوض بجهة البيع ، لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك بالضم إليهما في البيع كما مر آنفا ، وما هو كذلك فهو مضمون كسائر

قال (وإن ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ، وقالوا : عليه قيمتهما) وهو رواية عنه . لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الأموال ، وهذا لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما في البيع ، بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به .

حكمه ، وجاز أن يختلف أفراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصية . فإن قيل : التخصيص لازم على كل حال ، فإنه إن كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص ، وإن كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى يملك القن المضموم إليه ، وهذا تخصيص للبطل فليكن فاسدا مخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة إلى تأويله بالبطل . قلنا نحن لم نعط حكم البطل أنه لا يدخل في العقد بوجه ليلزم تخصيصه ويتجدد اللازم على تقدير تأويل الفاسد بالبطل وعدمه ، إنما قلنا حكمه أن لا يملك بالقبض ، غاية الأمر أنه اتفق أن بعض ما هو مبيع باطل يدخل في العقد كالمدبر وبعضه لا يدخل كالحرة ، وأصل السؤال فاسد لأنه مغالطة لأن قوله في الكبرى لو كان كالحرة لم يملك القن المضموم إليه ممنوع ، وإنما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف . فصار حاصل الصورة : لو كان باطلا كان كالحرة في بعض الوجوه ، ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وحينئذ فعدم الاستزام ظاهر (قوله وإن ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ، وقالوا : عليه قيمتهما للبائع وقولهما) هذا (رواية عنه) وفي النهاية أن الروايتين عنه في المدبر ، أما أم الولد فباتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري ولا الغاصب قيمتها إذ لا تقوم لأم الولد عنده ، وإنما تضمن بما يضمن الصبي الحر إذا غصب . ومعناه أنه إذا نقلها إلى أرض مسبعة أو كثيرة الحيات فأتت بنهش حية أو افتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبي بشرطه ، أما المدبر فيضمن في البيع والغصب على روايتيها هذه (لهما) في ضمان المدبر وأم الولد (أنهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه) بالقبض (كسائر الأموال) المقبوضة على سوم الشراء (وهذا) أي كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب أنهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما مما يصح تملكه وتمليكهما ، وإذا قبض بعد لفظ العقد عليه وهو فيما يصح أن يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع (بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه) لأنه حر يدا فلا يضمن بقبضه على إحدى الروايتين : أعني التي تبطل بيعه ، وإن دخل تحت البيع إذا ضم إليه القن فلا يتحقق في حقه القبض (وهذا الضمان بالقبض) وقد يجعل المثار اليد بقوله وهذا كونها مضمونين بالقبض وما صرنا إليه أحسن إن شاء الله تعالى ، لأن المذكور بعده تعليل للشار إليه ، وكونهما مضمونين بالقبض يصبح تعليله بما قبله من كونهما مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل لما لم يعلل إذا صلح له وهو صالح ، بل انصبا به ليس إلا عليه ، فإنه دعوى أنه مقبوض بجهة البيع ببيان أنه يدخل تحت البيع . وأما كونه مقبوضا بفرض وقوعه حسا ، وأما تفسير المقبوض بجهة البيع بأنه المقبوض ليشتري بعد القبض إن وافقه ، فلو صح لزم أن لا يضمننا لأنهما لم يقبضا ليشتريا بعد القبض إن وافقا بل قبضا بعد الموافقة وإتمام البيع بزعمهما ، فالمدكور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان ، فالجواب أن المقبوض أعم

الأموال المقبوضة على سوم الشراء . فإن قيل : لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم إليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك ، أجاب بقوله بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض

(قال المصنف : وقالوا عليه قيمتهما وهو رواية عنه) أقول : قوله وهو : أي تضمين قيمة المدبر دون أم الولد ، فن كلامه تناقض ونهجه في باب كتابة المملوك المشترك من الأكل وغيره أن في قولهم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة .

وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب ، وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما ، وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده ، وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه ، كذا هذا : قال (ولا يجوز بيع السلم قبل أن يصطاد) لأنه باع مالا يملكه (ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد) لأنه غير مقدور التسليم ، ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز ، إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك .

من ذلك وهو مما صدقات المقبوض بجهة البيع ، فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء ، وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء ، وما نحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء ولا صار الأصل عين الفرع ، فالمقبوض على سوم الشراء هو الأصل فيما نحن فيه ، والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق (وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته) أي حقيقة حكمه وهو الملك ، لأن ضمان القيمة في البيع إنما هو بمقابل بملك المبيع فلا بد من اعتبار جهة البيع ، ولا ملك متصور هنا مع اعتبار جهته فبقى مجرد قبض بإذن المالك ، فلو أوجبتها كان عدوانا محضا ، بخلاف ضمان الغصب في المدبر عنده فإنه لا يستدعي ذلك الاعتبار فكان بمجرد القبض بغير إذن المالك ، وهنا الإذن موجود ودخولهما في البيع ليس إلا ليثبت حكمه فيما ضم إليهما فقط مع انتفاء المانع وهو عدم الضلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب (فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده) ويدخل إذا ضم البائع إليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالحصصة من الثمن المسمى على الأصح وإن كان قد قبل أنه لا يصح أصلا في شيء ، وإذا قسم الثمن على قيمتي المضموم وأم الولد والمدبر فاعلم أن قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة ، وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا ، وقيل نصفها وبه يفتى ، وتقدم ذلك في العتاق (قوله ولا يجوز بيع السلم في الماء) بيع السلم في البحر أو النهر لا يجوز ؛ فإن كانت له حظيرة فدخلها السلم ، فإذا أن يكون أعدها لذلك أولا ، فإن كان أعدها لذلك فما دخلها ملكه وليس لأحد أن يأخذه ، ثم إن كان يؤخذ بغير حيلة اصطيد جاز بيعه لأنه مملوك مقدور التسليم

وتحقيقه أن المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتملك المضموم . ولأبي حنيفة أن جهة البيع إنما توجب الضمان في الأموال إلحاقا بحقيقته في محل يقبل الحقيقة ، وهما : أي أم الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة بها فصارا كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة (قوله وليس دخولهما) جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ، ومعناه أن فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز أن تكون عائدة إلى غيره كثبوت حكم البيع فيما ضم إليهما ، وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما إذا باع عبدا مع عبد المشتري من المشتري فإنه يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصحب البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا . قال (ولا يجوز بيع السلم في الماء قبل أن يصطاده) بيع السلم قبل الاصطياد بيع مالا يملكه البائع فلا يجوز ، وإذا اصطاده ثم ألقاه في الحظيرة فلا يخلو إما أن تكون صغيرة أو كبيرة لا يمكن الأخذ منها إلا بتكليف واحتيال ، فإن كانت كبيرة لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم ، وإن كانت صغيرة جاز لأنه باع مقدور التسليم ، وإذا سلمها إلى المشتري فله خيار الرؤية وإن رآها في الماء لأن السلم يتفاوت خارج الماء فصار كأنه اشترى مالم يره (قوله إلا إذا اجتمعت) استثناء من قوله جاز : يعنى الحظيرة إذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل فإنه لا يجوز لعدم الملك ، وهو استثناء منقطع لكونه غير مستثنى من المسأولة

قال (ولا بيع الطير في الهواء) لأنه غير مملوك قبل الأخذ ، وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم

مثل السمكة في حب ، وإن لم يكن يؤخذ إلا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع ، وإن لم يكن أعدها لذلك لا يملك ما يدخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك إلا أن يسد الحظيرة إذا دخل فحينئذ يملكه ، ثم ينظر إن كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه وإلا لا يجوز ، ولو لم يعدها لذلك ولكنه أخذه ثم أرسله في الحظيرة ملكه ، فإن كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه لأنه مملوك مقدور التسليم ، أو بحيلة لم يجز لأنه وإن كان مملوكا فليس مقدور التسليم . وقال أبو يوسف في كتاب الخراج : رخص في بيع السمك في الأجسام أقوام ، فكان الصواب عندنا في قول من كرهه : حدثنا العلاء بن المسيب بن رافع عن الحرث العكلي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : ولا تبيعوا السمك في الماء فإنه غرر . وأخرج مثله عن ابن مسعود . ومعلوم أن الأجمة قد يؤخذ منها السمك باليد والغرر الخطر ، وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعلمه فلذا جعل من بيع الخطر .

[فروع] من مسائل التهيئة حفر حفيرة فوقع فيها صيد ، فإن كان اتخذها للصيد ملكه وليس لأحد أخذه وإن لم يتخذها له فهو لمن أخذه . نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه ، فلو كان نصيبا ليحفظها من بلل فتعلق بها لا يملكه ، وهو لمن يأخذه إلا أن يأتي فيحوزه ، ومثله إذا هيا حجرة لوقوع الثمار فيه ملك ما يقع فيه ، ولو وقع في حجرة ولو لم يكن هياها لذلك فلو أخذ أن يسبق فيأخذه ما لم يكف حجرة عليه ، وكذا من هيا مكانا للسرقة فله ما طرح فيه عند البعض . وفي فتاوى الفضل خلاف هذا قال : أهل سكة يرمون في ساحة رجل الرماد والتراب والسرقة هو لمن يسبق سواء هيا المكان له أو لا ، أما النحل إذا عسل في أرض إنسان فهو له بكل حال لأنه ليس صيدا بل قائم بأرضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد ، وكذا القرخ لا يملك إلا بإعداد المكان لذلك (قوله ولا بيع الطير في الهواء لأنه قبل أخذه غير مملوك ، وبعد أخذه وإرساله غير مقدور التسليم) عقيب العقد ، ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ ، وعلى قول الكرخي يعود ، وكذا عن الطحاوي ، وكذا الحكم فيما إذا جعل الطير ثمنا لأن العين المجهولة ثمنا مبيع في حق صاحبه . وذكر القمراشي : لو باع طيرا يذهب ويحيى كالحمام فالظاهر أنه لا يجوز ، وفي فتاوى قاضيه خان : وإن باع طيرا له بطير ، إن كان داجنا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه وإلا فلا ، وقول المصنف فيما يأتي : والحمام إذا علم عددها وأمكن

في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه ، وفيه إشارة إلى أنه لو سدت صاحب الحظيرة عليها ملكها ، أما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا ، كما لو باع الطير في أرض إنسان أو فرخت فإنه لا يملك لعدم الإحراز . لا يشكل بما إذا عسل النحل في أرضه فإنه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحوزه أو يهيئ له موضعا ، لأن العسل إذ ذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها ، بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسه فإنه ليست فيها على وجه القرار . قال (ولا) يجوز (بيع الطير في الهواء) بيع الطير على ثلاثة أوجه : الأول بيعه في الهواء قبل أن يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك . والثاني بيعه بعد أن أخذه وأرسله من يده وهو أيضا لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم . والثالث بيع طير يذهب ويحيى كالحمام وهو أيضا لا يجوز في الظاهر . وذكر في فتاوى

(قوله لأن استحقاقه ١ عبارة عن نية لا يدخل عليها الإبطال) أقول : ولنعلم فيه أن ينزع فيه .

(١) (قوله قوله لأن استحقاقه الخ) تنظر هذه القولة لأنها لم تشر عليها أنه منصوص .

قال (ولا بيع الحمل ولا النتاج) « انتهى النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الحبل وحبل الحبل » ولأن فيه غررا ، (ولا اللبن في الضرع للغرر) فعساه انتفاخ ، ولأنه ينازع في كيفية الحلب ، وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره . قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لأنه من أوصاف الحيوان ، ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره ، بخلاف القوائم لأنها تريد من أعلى ،

تسليمها جاز بيعها لأنه مقدور التسليم ، يوافق (قوله ولا الحمل) بسكون الميم ما في البطن من الجنين (ولا النتاج) لما في الصحيحين والسنن عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبل » وكان بيعا يبتاعه أهل الجاهلية ، كان الرجل يبتاع الجوز إلى أن تنتج الناقة ثم ينتج الذي في بطنها . وفي الموطأ : أنبأنا ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال : « لا ربا في الحيوان ، وإنما نهى عن الحيوان عن ثلاث : عن المضامين ، والملاقيح ، وحبل الحبل » وإنما بطل هذا البيع للغرر ، فعسى أن لا تلد تلك الناقة أو تموت قبل ذلك . وأما باللفظ الذي ذكره المصنف عن بيع الحبل وحبل الحبل فغير معروف . والملاقيح ما في الأرحام جمع ملقوح ، والمضامين ما في الأصلاب ، وقيل بالعكس جمع مضمون لقحت الناقة ولدها ملقوح به إلا أنهم استعملوه بلا باء ، يقال ضمن الشيء أى تضمنته . قوله (ولا اللبن) يجوز بالجر عطفًا على المضاف إليه ، وتقدير المضاف والرفع على إقامته مقام المضاف (للغرر فلعلة انتفاخ) وبه قال الشافعي وأحمد ، وأجازه مالك أبيهما معلومة إذا عرف قدر حلاها ويكون تسليمه بالتخية كبيع التمر على رعوس النخل ، وهو مردود بالنهي عن بيع الغرر (لأنه يتنازع في كيفية الحلب) في الاستقصاء وعلمه وهو نزاع في التسليم والتسلم وما وضعت الأسباب إلا لقطعه فبطل قول مالك لذلك ، ولجواز أن يحدث لبن قبل الحلب فيختلط مال البائع بمال المشتري على وجه يعجز عن التخليص (قوله ولا الصوف على ظهر الغنم لأنه من أوصاف الحيوان) لأنه يقوم به أو لأنه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالمبيع (ولأنه ينبت من أسفل) ساعة فساعة (فيختلط المبيع بغيره) بحيث يتعذر التمييز (بخلاف القوائم) أى قوائم الخلاف (لأنها تريد من أعلاها) ويعرف ذلك بأن توضع في مكان من القائمة علامة

قاضيخان : وإن باع طيرا له يطير في الهواء ؛ إن كان داجنا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف جاز بيعه وإلا فلا (ولا) يجوز (بيع الحمل) أى الجنين (ولا نتاج الحمل) . هو حبل الحبل ، « وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبل » . والنتاج في الأصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن أريد به المنتوج هاهنا . والحبل مصدر حبلت المرأة حبلا فهي حبلى فسمى به المحمول كما سمي بالحمل ، وإنما دخلت عليه التاء إشعارا للمعنى الأنوثة فيه . قيل معناه : أن يبيع ما سوفه يحمله الجنين إن كان أنثى ، وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فأبطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن فيه غررا وهو ما طوى عنك علمه . قال المغرب في الحديث : « نهى عن بيع الغرر » وهو الخطر الذي لا يدري أيكون أم لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء . قال (ولا اللبن في الضرع للغرر الخ) وبيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلاثة للغرر : لجواز أن يكون الضرع منتفخا يظن لبنا والغرر منهى عنه ، وللنزاع في كيفية الحلب فإن المشتري يستقصى في الحلب والبائع يطالبه بأن يترك داعية اللبن ولأنه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره ، واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع . وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لأنه من باب أوصاف الحيوان لأن ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض ، بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فإنه

وبخلاف القصيل لأنه يمكن قلعها ، والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع ، وقد صح « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم ، وعن لبن في ضرع ، وعن سمن في لبن » وهو حجة على أبي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه .

فلما بعد ذلك تصير أسفل ويرتفع عنها رأس القائمة ويرتفع غيرها مما يزيد من أسفل ، فالزائد يكون على ملك المشتري . وقال الإمام الفضلي : الصحيح عندي أن بيع قوائم الخلاف لا يجوز ، لأنه وإن كان ينمو من أعلاه فوضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة موضع القطع ، وما ذكره من منع بيع الشجر ليس متفقاً عليه بل هي خلافية ، منهم من منعها إذ لا بد في القطع من خسر الأرض ، ومنهم من أجازها للتعامل (بخلاف القصيل) لأنه يقطع فلا تنازع فجاز بيعه قائماً في الأرض . قال المصنف (وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم نهى إلى آخره) وذلك أن الطبراني قال : حدثنا عثمان بن عمر الضبي ، حدثنا حفص بن عمر الحوضي ، حدثنا عمر بن فروخ ، حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تباع ثمرة حتى تطعم ، ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع) . وأخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمر بن فروخ قال الدارقطني : وأرسله وكيع عن عمر بن فروخ ولم يذكر ابن عباس . وهذا السند حجة . وقول البيهقي تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوى لا يضره ، فإنه إن كان كما قال فالمرسل حجة كالمرفوع ، لكن الحق خلاف ما قال في تضعيف ابن فروخ ، فقد نقل الذهبي توثيق عمر بن فروخ عن أئمة الشأن كآبي داود وابن معين وأبي حاتم والرفع زيادة وهي من الثقة مقبولة . ورواه أبو داود في مراسيله عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم . ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن » . ورواه الدارقطني في سننه عن وكيع عن عمر بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ ابن أبي شيبة . وروى مرة موقوفاً على ابن عباس في مراسيل أبي داود ، وكذا رواه الشافعي رحمه الله قال : أخبرنا سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس أنه كان ينهى عن بيع اللبن في ضرع الغنم والصوف على ظهورها فعرف بذلك أن كل ما يبيع في غلافه لا يجوز كاللبن في الضرع واللحم في الشاة الحية أو شحمها وألبانها أو أكارعها أو جلودها أو دقيق في هذه الخطة أو سمن في هذا اللبن ونحو ذلك من الأشياء التي في غلافها لا يمكن أخذها وتسليمها إلا بإفساد الحلقة ، والحجوب

عبي مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ، ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر . فإن قيل : القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها . أجب بأنها تزيد من أعلاها فلا يلزم الاختلاط ، حتى لو ربطت خيطاً في أعلاها وتركها أياماً يبقى الخيط أسفل مما في رأسها الآن ، والأعلى ملك المشتري ، وما وقع من الزيادة وقع في ملكه . أما الصوف فإن نموه من أسفل ، فإن خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك حتى نما فالخضوب يبقى على رأسه لا في أصله . فإن قيل : القصيل كالصوف وجاز بيعه . أجب بأن القصيل وإن أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القطع فيقطع ، وأما القطع في الصوف فتعين إذ لم يعهد فيه القلع : أي التفت فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع ، وقد صح « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن » وهو حجة على أبي يوسف فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف على

قال (وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرنا القطع أو لم يذكره) لأنه لا يمكن التسليم إلا بضرر ، بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبعضه ، ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضا ، ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد ، بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البزر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا ، وإن شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالا ،

في قشرها مستثنى من ذلك بما أسلفناه ، والذهب والفضة في ترابهما بخلاف جنسهما ، والله الموفق (قوله وجذع من سقف) بالجر : أى لا يجوز بيع جذع من سقف (وذراع من ثوب) أى ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص أما ما يضره القطع كالكرباس فيجوز : وقول الطحاوى في آجر من حائط أو ذراع من كراباس أو ذيباج لا يجوز ممنوع في الكراباس أو محمول على كراباس يتعيب به . أما ما لا يتعيب به فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة ، وكذا لا يجوز بيع حلية من سيف أو نصف زرع لم يدرك لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع جميعه ، وكذا بيع فص خاتم مركب فيه ومثله نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة لزوم الضرر في التسليم في كل ذلك . وأورد عليه أنه ضرر لزم البائع بالتزامه . أجيب بأنه التزم العقد ولا ضرر فيه ولا ينجى ما فيه . وقول فخر الإسلام إن رضى فله أن يرجع فيبطل البيع إلا أن يقطعه أو يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحا كذلك : فإن الرجوع لا يمكنه مع الملزم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر ، وأما إيراد الحاباة فلدفع بأنه ليس فيه استهلاك مال . نعم يرد بيع الحباب التي لا تخرج إلا بقلع الأبواب على قول من أجاز والبعض قد منعه : وأجيب بأن المتعيب الجدران دون الحباب ، وهذا يفيد أن المنظور إليه في المنع تعيب البيع ، والكلام السابق يفيد أنه تعيب غير المبيع وهو الظاهر . والحق أنه لا بد من سمع حاكم يمنع هذا وما يلحق به هذا هو المعول عليه ، وذلك هو الحديث السابق من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن في الضرر والسمن في اللبن . أفاد أن المنع إذا كان لا يسلم المبيع إلا بعيب فيه ضرر بغير المبيع فإن اللبن يدخله ضرر بتسليم السمن . وأظهر من هذا ثبوت الإجماع على عدم جواز بيع أطراف الحيوان كيف شاء وإليها ورجلها ، وهو معلل بما يلزم في التسليم من الضرر على البائع في المبيع فخرج بيع الحباب التي يحتاج في تسليمها إلى هدم أكتاف الأبواب على من يصحح بيعها (قوله ولو لم يكن معينا) يعنى الجذع والذراع (لا يجوز لما ذكرنا) من لزوم الضرر (وللجهالة) ومعلوم أن هذا فيما يتعيب بالتبعض ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقرة (ولو قلع البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحيحا لزوال المفسد) قبل نقض البيع ، ولو فعل بعد الفسخ لا يجوز . وقوله (بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البزر في البطيخ) وكسرها وسلم البزر والنوى قبل الفسخ (لا يعود صحيحا) لأن الفساد للغرر (إذ في وجودهما احتمالا) فكان كبيع

ظهر الغنم . قال (وجذع في سقف) إذا باع جذعا في سقف أو ذراعا من ثوب : يعنى ثوبا يضره التبعض كالقميص لا الكراباس فالبيع لا يجوز ذكر القطع أولا ، لأنه لا يمكنه التسليم إلا بضرر لم يوجب العقد ، ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع وتحقق المنازعة ، بخلاف ما لم يكن في التبعض مضرة كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كراباس فإن بيعه جائز لانتهاء العلة (ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز لزوم الضرر وللجهالة أيضا . ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المفسد) وهو الضرر (ولو باع النوى في التمر أو البزر في البطيخ لم يصح وإن شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالا) أى هو شيء

(قوله فيتمكن من الرجوع وتحقق المنازعة) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا كان متكاملا من الرجوع شرعا لا يعتبر بمنزلة ، إذ لا وجه لها ، والأول على أن يقال بهله : ولا يكون لازما ، والبيع إذا لم يكن مشروطا فيه الخيار يكون لازما فيبطل فيأتمل .

أما الجذع فعين موجود . قال (وضربة القانص) وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غررا .

بلا مبيع فوقع باطلا ، بخلاف الجذع فإنه عين محسوسة قائمة ، وإنما يفسد لزوم الضرر فإذا تحمله البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم في بيع صحيح لأن الغرض أن البيع قائم لكن بوصف الفساد ، فإذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالضرورة بيعا بلا فساد وهو معنى الصحيح ، فهذا معنى قولهم انقلب صحيحا بخلاف الأول وقع باطلا وهو معنى المعلوم شرعا فليس هناك بيع قائم ليزول المبطل فيبقى بيعا بلا بطلان ، بل إذا زال المبطل بقي ملك المبيع بلا مانع من إيراد العقد الصحيح عليه ، وعدم المانع من إيراد العقد الصحيح وإيجاده ليس هو وجود البيع الصحيح . ونوقض بعدم جواز البيع فيما إذا باع جلد شاة معينة أو كرشها أو سواد بطنها فذبحها وأعطاه ذلك حيث لا يتقلب جائزا مع أنه تحمل الضرر بالدبح . أجب بأن المنع هناك لعلته أخرى غير لزوم الضرر في التسليم وهو كونه متصلا متضمنا له خلقة والنص بمنعه وهو النهي عن بيع الصوف على الظهر واللبن في الضرع والسمن في اللبن . وقد يقال : لا أثر لذلك فيما فيه الكلام ، وهو أنه إذا أزال المانع بالدبح والفصل . فإن قيل : يتناوله بعد الفصل النهي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منهيا . قلنا : وكذا الجذع في السقف سواء (قوله وضربة القانص) بالرفع والجرح على قياس ما تقدمه (وهو) الصائد يقول بعثك (ما يخرج من) (لقاء هذه) الشبكة مرة (بكذا) . وقيل بالغين والياء الغائص . قال في تهذيب الأزهري : نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص يقول أغوص غوصة فما أخرجه

مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه . فإن قيل : بيع الخنطة في سنبلها وأمثالها بيع ما في وجوده احتمال فإنه شيء مغيب في غلافه وهو جائز . أجب بأن جوازه باعتبار صحة انطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به ، فإن الخنطة إذا بيعت في سنبلها إنما يقال بعث هذه الخنطة فالمدكور صريحا هو المعقود عليه فصح العقد إعمالا لتصحيح لفظه . وأما بزر البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزر والنوى والحب لا ينطلق عليه ، إذ لا يقال هذا بزر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن ، فلم يكن المبيع المذكورا ، وما هو المذكور فليس بمبيع ، وهذا على قول من يرى تخصيص العلة ووضح وطريق من لا يرى ذلك عرف في أصول الفقه . وقوله (أما الجذع فعين موجودة) إشارة إلى إتمام الفرق بين البزر والنوى والجذع المعين في السقف بأن الجذع معين موجود إذ الفرض فيه والبزر والنوى ليس كذلك . فإن قيل : إذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ، ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا يتقلب البيع جائزا وإن كان الجلد عينا موجودا كالجذع في السقف ، وكذا بيع كرشها وأكارعها . أجب بأن المبيع وإن كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعا له ، فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليا لا أنه اعتبر عاجزا حكما لما فيه من إفساد شيء غير مستحق بالعقد ، وأما الجذع فإنه عين مال في نفسه ، وإنما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد ، والعجز عن التسليم حكما لما فيه من إفساد بناء غير مستحق بالعقد ، فإذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ، وحينئذ يجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم . قال (وضربة القانص) القانص الصائد ، يقال قنص إذا صاد . وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة . يقال ضرب الشبكة على الطائر ألقاها ، ومنه نهى عن ضربة . وفي تهذيب الأزهري عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللاك . وهو أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة فما أخرجت فهو لك بكذا ، والمعنى فيهما واحد وهو أنه مجهول وأن فيه غررا لأنه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وأن لا يخرج من الغوصة

قال (وبيع المزابنة ، وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا) « لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة والمحاكلة » فالمزابنة ما ذكرنا ، والمحاكلة بيع الحنطة في سنبلها بخنطة مثل كيلها خرصا ، ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الحرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض ، وكذا العنب بالزبيب على هذا . وقال الشافعي رحمه الله : يجوز فيما دون خمسة أوسق « لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق » . قلنا : العربية : العطية لغة ، وتأويله أن يبيع المعري له ما على

من اللآتي فهو لك بكذا فهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غررا وبلهالة ما يخرج (قوله وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا ، لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة) في الصحيحين من حديث جابر « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاكلة . وزاد مسلم في لفظ : وزعم جابر أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا . والمحاكلة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحلب كيلا » . وأخرج البخاري عن أنس قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاكلة والمخابرة والملاسة والمناذلة والمزابنة . وقول المصنف (بمثل كيله خرصا) الحرص الحر (وكذا العنب بالزبيب) لا يجوز ، ومعنى النهي أنه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما (كما لو كانا موضوعين على الأرض . وقال الشافعي رحمه الله : يجوز) المزابنة بالتفسير الذي ذكرنا (فيما دون خمسة أوسق) لما في الصحيحين من حديث أبي هريرة « أنه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا » . وفي الصحيحين أيضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت « رخص عليه الصلاة والسلام

شيئا قال (وبيع المزابنة) الرفع فيه والجهر والرفع فيما تقدم جائز ، والمزابنة وهو بيع الثمر بالثناء المثلثة على النخل بتمر بالثناء المثلثة مجذوزة مثل كيل ما على النخل من الثمر حررا وظنا لا حقيقيا ، لأنه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يبق ما على الرأس ثمرا بل تمرا مجذوزا كالذي يقابله من المجذوذ لا يجوز « لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة والمحاكلة » والمحاكلة بيع الحنطة في سنبلها بخنطة مثل كيلها خرصا ، ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لأن فيه شبهة الربا الملهقة بالحقيقة في التحريم ، كما لو كانا موضوعين على الأرض وباع أحدهما بالآخر خرصا ، وبيع العنب بالزبيب على هذا . وقال الشافعي : يجوز فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق ، وله في مقدار خمسة أوسق قولان استدلل بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا ، وفسرها بأن يباع الثمر الذي على رأس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق ، وأنت الضمير في قوله بخرصها على أنه جمع الثمرة . قلنا بالقول بالموجب وهو أن يقول : سلمنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا فإن في الأحاديث الدالة على ذلك كثرة لا يمكن منعها ، لكن ليس حقيقة معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة . وتأويلها أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوزا بالحرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخالفا لوعده ، وهه نقول لأن الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له مادام متصلا بملك الواهب ، فإعطيه من الثمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة ، ويسمى بيعا مجازا لأنه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد ، وافق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوى أن الرخصة مقصورة على

(قوله قال وبيع المزابنة ، إلى قوله : من المجذوذ لا يجوز) أقول : قوله الرفع فيه : أى وحده ، وقوله والجهر والرفع : أى كلاهما . وقوله والمزابنة مبتدأ ، وقوله لا يجوز خبره .

النخيل من المعري بتمر مجلود ، وهو بيع عجازا لأنه لم يملكه فيكون برا مبتدأ . قال (ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملاسة والمنايزة)

في بيع العرايا أن تباع بخرصها . وفي لفظ « رخص في العرية أن تؤخذ بمثل خرصها تمرا يأكلها رطبا » ووافق الشافعي أحد في ذلك إلا أنه لم يبيحها إلا للضرورة . قال الطحاوي : جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فقبلها أهل العلم جميعا ولم يختلفوا في صحة بيعها ولكنهم تنازعوا في تأويلها ، فقال قوم : العرايا أن يكون له النخلة أو النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر . قالوا : وكان أهل المدينة إذا كان وقت الثمار خرجوا بأهلهم إلى حوائطهم فيجسء صاحب النخلة أو النخلتين فيضرب ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير أن يعطيه خرص ماله من ذلك تمرا لينصرف هو وأهله عنه . وروى هذا عن مالك . قال الطحاوي : وكان أبو حنيفة يقول : فيما سمعت أحمد بن أبي عمران يذكر أنه سمع من محمد بن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال : معنى ذلك عندنا أن يعري الرجل الرجل نخلة من نخله فلا يسلم ذلك إليه حتى يبدو له فرخص له أن يجبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمرا . قال الطحاوي : وهذا التأويل أشبه وأولى مما قال مالك ، لأن العرية إنما هي العطية : ألا ترى إلى الذي مدح الأنصار كيف مدحهم إذ يقول :

فليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح

أي أنهم كانوا يعرفون في السنين الجوائح : أي يهبون ولو كانت كما قال ما كانوا ممدوحين بها إذ كانوا يعطون كما يعطون . والحق أن قول مالك قول أبي حنيفة هكذا حكاه عنه محققو مذهبه ، واستدل عليه بأن العرية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم كذلك ، ثم على قولهم تكون العرية معناها النخلة ولا يعرف ذلك في اللغة ، وتخصيص مادون خمسة أوسق لأنهم كانوا يعرفون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصة أن يخرج من إخلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق بإعطاء هذا التمر خرصا وهو غير الموعود دفعا للضرر عنه . وكون إخلاف الوعد ثلث النفاق نقل عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه حين حضرته الوفاة قال زوجوا بنتي من فلان ، فإنه كان سبق إليه مني شبه الوعد فلا ألقى الله بثلث النفاق وجعله ثلثا لحديث عنه صلى الله عليه وسلم « علامة المناق ثلاث : إن حدث كذب ، وإن وعد أخاف ، وإن أوتمن خان » وأما ما ذكر من تأويل العرية الإمام موفق الدين روى محمود ابن لبيد قال : قلت لزيد بن ثابت : « ما عراياكم هذه ؟ فسمى رجلا محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه وعندهم فضول من التمر ، فرخص لهم أن يبتاعوا العرية بخرصها من التمر فيأكلونه رطبا » وقال : متفق عليه فقد وهم في ذلك ، فإن هذا ليس في الصحيحين بل ولا في السنن ولا في شيء من الكتب المشهورة . قال الإمام الزيلعي نخرج الحديث : ولم أجده له سنداً بعد الفحص البالغ ، ولكن الشافعي ذكره في كتابه في باب العرايا من غير إسناد (قوله ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملاسة)

هذا فنقل كما وقع عنده . وفيه بحث من وجهين : الأول أنه جاء في حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرايا » فسياقه يدل على أن المراد بالعرايا بيع تمر بتمر . والثاني أنه جاء في حديث جابر رضي الله عنه بلفظ الاستثناء إلا العرايا ، والأصل حل الاستثناء على الحقيقة ، والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المستثنى منه . والجواب عن الأول أن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم . وعن الثاني أنه على ذلك التقدير ينافي قوله عليه الصلاة والسلام المشهور « التمر بالتمر مثلاً بمثل » والمشهور قاض عليه . قال (ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر)

وهذه بيوع كانت في الجاهلية ، وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة : أي يتساوومان ، فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع ؛ فالأول بيع الملامسة والثاني المنابذة ، والثالث إلقاء الحجر ، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الملامسة والمنابذة ، ولأن فيه تعليقا بالخطر : قال (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع ؛ ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحسانا ، وقد ذكرناه بفروعه : قال (ولا يجوز بيع المراعى ولا إجارتهما) المراد الكلا ، أما البيع فلا أنه ورد على ما لا يملكه لا لشارك الناس فيه بالحديث ،

إلى قوله (وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم إلى آخره) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة » زاد مسلم : أما الملامسة فإن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل فيلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية ، وهذا بأن يكون مثلا في ظلمة أو يكون مطويا مرثيا متفقان على أنه إذا لمسه فقد باعه وفساده لتعليق التملك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس : والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل النبد بيعا ، وهذه كانت بيوعا يتعارفونها في الجاهلية ، وكذا إلقاء الحجر أن يأتي حصاة وثمة أثواب فأى ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل وروية ولا خيار بعد ذلك ولا بد أن يسبق تراوضهما على الثمن ، ولا فرق بين كون المبيع معينا فإذا تراوضا فإلقاءه إليه البائع لزم المشتري فليس له أن يقبل أو غير معين كما ذكرناه ، ومعنى النهي ما في كل من الجهالة وتعليق التملك بالخطر فإنه في معنى إذا وقع حجرى على ثوب فقد بعته منك أو بعثته بكذا أو إذا لمسته أو نبذته إلى التساوم تفاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعنى استامتها سوما ، ومنه « لا يسوم الرجل على سوم أخيه » أى لا يطلب البيع ويروض فيه حال مراوضة أخيه فيه لا أنه بمعنى لا يشتري كما قيل ، بل نهى عن السوم يثبت التزاما لأنه إذا نهى عن التكلم في الشراء فكيف بحقيقة الشراء (قوله ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع إلا أن يكون على هذا الوجه وهو أن يقول بعثك واحدا منهما على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحسانا ، وتقدم ذكرها بفروعه في خيار الشرط (قوله ولا يجوز بيع المراعى) ثم فسرها بالكلا دفعا لوهم أن يراد مكان الرعى فإنه جائز (ولا إجارتهما ، أما البيع فإنه ورد على

سام البائع السلعة : أى عرضها وذكر ثمنها ، وسامها المشتري بمعنى استامها . بيع الملامسة هو أن يتساوم الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري بيده فيكون ذلك ابتاعا لها رضى مالكةا بذلك أو لم يرض : وبيع المنابذة هو أن يتراوض الرجلان على السلعة فيحب مالكةا لزام المساوم له عليها إياها فينبذها إليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه ، وبيع إلقاء الحجر هو أن يتساوم الرجلان على السلعة فإذا وضع الطالب لشراؤها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها ، وهذه كانت بيوعا في الجاهلية فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم : وعبارة الكتاب تشير إلى أن المنهى عنه بيع الملامسة والمنابذة وبيع إلقاء الحجر ملحق بهما لأنه في معناهما ، ولأن فيه تعليقا بالخطر والتعليقات لا تختمله لأدائه إلى معنى القمار لأنه بمنزلة أن يقول البائع للمشتري : أى ثوب ألقى عليه الحجر فقد بعته ، وأى ثوب لمسته بيديك فقد بعته ، وأى ثوب نبذته إلى فقد اشتريته (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ، إلا أن يقول على أنك بالخيار أن تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحسانا ، وقد تقدم الكلام فيه . قال (ولا يجوز بيع المراعى ولا إجارتهما) والمراد به الكلا وهو ما ليس له ساق من الحشيش ، كذا روى عن محمد ،

(قوله وأى ثوب نبذته) : أقول فيه مسأعة لا تخفى .

مالا يملكه لا شريك الناس فيه) اشترك لإباحة لا ملك ، ولأنه لا يحصل به للمشتري فائدة ، فإن المقصود من الملك يحصل بلا بيع إذ يتملكه بدونه (للحديث) الذي رواه أبو داود في سننه في البيوع عن حريز بن عثمان عن أبي خراش بن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة رضى الله عنهم قال : غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فكنت أسمعه يقول « المسلمون شركاء في ثلاث : في الماء ، والنار ، والكلا » ورواه أحمد في مسنده وابن أبي شيبة ، وأسند ابن أبي عدى في الكامل عن أحمد وابن معين أنهما قالوا في حريز ثقة وجهالة الصباحي لانصر ، ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها وتجهيف الثياب : يعنى إذا أوقد رجل نارا فلكل أن يصطلى بها ، أما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه . كذا ذكره القدورى . ومعناه في الماء الشرب وسقى الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والأنهار المملوكة . وفى الكلا أن له احتشاشه وإن كان في أرض مملوكة ، غير أن لصاحب الأرض أن يمنع من الدخول في أرضه ، فإذا منع فلغيره أن يقول إن لى في أرضك حقا ، فيما أن توصلى إليه أو تحشه أو تستنى وتدفعه لى وصار كثوب لرجل وقع في دار رجل إما أن يأذن للمالك في دخوله ليأخذه وإما أن يخرج به إليه . أما إذا أحرز الماء بالاستقاء في آنية والكلا بقطعه جاز حينئذ يبيعه لأنه بذلك ملكه ، وظاهر أن هذا إذا نبت بنفسه ، فأما لو كان سقى الأرض وأعداها للإنبات فنبتت ففي الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لأنه ملكه وهو مختار الصلر الشهيد ، وكذا ذكر في اختلاف أبي حنيفة وزفر نبت الكلا بإنباته جاز يبيعه ، وكذا لو حرق حول أرضه وهياها للإنبات حتى نبت القصب صار ملكا له ، ولا يجوز بيع كماء في أرضه قبل أن يقلعها ولا ماء . وقال القدورى : لا يجوز بيع الكلا في أرضه وإن ساق الماء إلى أرضه ولحقته مؤنة لأن الشركة فيه ثابتة ، وإنما تنقطع بالحياسة وسوق الماء إلى أرضه ليس بحياسة ، والأكثر على الأول ، إلا أن على هذا القائل أن يقول ينبغي إن حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكليف الحفر والطى لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلا بتكليفه سوق الماء إلى الأرض لينبت فله منع المستقى ، وإن لم يكن في أرض مملوكة له . ثم الكلا ذكر الحلواني عن محمد أنه ما ليس له ساق وما له ساق ليس كلاً ، وكان الفضلي يقول : هو أيضا كلاً . وفى المغرب : هو كل

وقيل ما ليس له ساق وما له ساق فهو كلاً ، وإنما فسر المراجع بذلك لأن لفظ المرعى يقع على موضع الرعى وهو الأرض وعلى الكلا وعلى مصدر رعى ، ولو لم يفسر بذلك لتوهم أن بيع الأرض وإيجارها لا يجوز ، وهو غير صحيح لأن بيع الأراضى وإيجارها صحيح سواء كان فيها الكلا أو لم يكن ، أما عدم جواز بيع الكلا غير المحرز فلأنه غير مملوك لا شريك الناس فيه بالحديث ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الناس شركاء في ثلاث : الماء ، والكلا ، والنار » وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ، ومعنى شركتهم فيها أن لهم الانتفاع بضموتها والاصطلاء بها والشرب وسقى الدواب والاستقاء من الآبار والحياض المملوكة والأنهار المملوكة من الأراضى المملوكة والاحتشاش من الأراضى المملوكة ، ولكن له أن يمنع من الدخول في أرضه ، فإن منع كان لغيره أن يقول له إن لى في أرضك حقا ، فيما أن توصلى إلى حتى أو تحشه فتدفعه إلى أو تدعى أخذه ، كثوب لرجل وقع في دار إنسان هذا إذا نبت ظاهرا ، وأما إذا أنبتته صاحب الأرض بالسقى ففيه اختلاف الرواية . وذكر في المحيط والذخيرة والنوازل أن صاحبها يملكه وليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه فجاز بيعه . وذكر القدورى أنه لا يجوز بيعه لأن الشركة في الكلا ثابتة بالنص ، وإنما تنقطع بالحياسة وسوق

وأما الإجارة فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح ، ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى : قال (ولا يجوز بيع النحل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله ، وقال محمد رحمه الله : يجوز إذا كان محرزا ، وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبلغل والحمار ، ولهما أنهما من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لابعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج ، حتى لو باع كواراة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز

ما رعته الدواب من رطب ويابس وهو واحد الأكلاء (وأما الإجارة فلأنها) لو صحت ملك بها الأعيان ، وحكمها ليس إلا ملك المنافع . نعم إذا كانت الأعيان آلة لإقامة العمل المستحق كالصبيغ واللبن في استئجار الظئر فيملك بعد إقامة العمل تبعاً ، أما ابتداء فلا (وكذا لو استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز) مع أنها عقدت على استهلاك عين مملوكة (فهذا أولى) لأنها على استهلاك عين غير مملوكة ، وهل الإجارة فاسدة أو باطلة ؟ ذكر في الشرب أنها فاسدة حتى يملك الآجر الأجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه : وقيل في لبن الأدمية إنه في حكم المنفعة شرعا بدليل أن عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه . والحيلة في ذلك أن يستأجر الأرض لضرب فيها فسطاطه أو لينجعله حظيرة لغنمه ثم يستبيع المرعى فيحصل مقصودهما (قوله ولا يجوز بيع النحل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) وقال محمد : يجوز إذا كان محرزا ، وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه منتفع به حقيقة وشرعا (مقدور التسليم إذا كان محرزا) فيجوز بيعه ، وإن كان لا يؤكل كالبلغل والحمار) يجوز بيعهما وإن لم يؤكلا للانتفاع بهما والقدرة على تسليمهما (ولأبي حنيفة وأبي يوسف أنه من الهوام فلا يجوز بيعه) كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية ، وهذا وهو أنه في نفسه من الهوام لأنه غير منتفع به (وإنما الانتفاع بما يتولد منه لابعينه) بخلاف الجحش فإنه

الماء إلى أرضه . ليس بجائزة للكلاً فبقى على الشركة فلا يجوز بيعه ، وأما عدم جواز الإجارة فلمعنيين : أحدهما وقوع الإجارة في عين غير مملوكة . والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح ، فعلى استهلاك عين مباح أولى ، وذلك لأن المستحق بعقد الإجارة على الآجر المنافع لا الأعيان إلا إذا كانت الأعيان آلة لإقامة العمل المستحق بالإجارة كالصبيغ في استئجار الصباغ واللبن في استئجار الظئر لكونه آلة للحضانة والظويرة ، ولم يذكر أن إجارة الكلاً وقعت فاسدة أو باطلة ، وذكر في الشرب أنها فاسدة حتى يملك الآجر الأجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها . قال (ولا يجوز بيع النحل) قال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا يجوز بيع النحل . وقال محمد : يجوز إذا كان محرزا : أي مجموعا وهو قول الشافعي لأنه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث منه ، وشرعا لعدم ما يمنع عنه شرعا ، وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير مأكول اللحم لا ينافيه كالبلغل والحمار . ولهما أنه من الهوام وهي المخوفة من الأحناش لا يجوز بيعها . قال في الجامع الصغير : أرأيت إن وجد بها عيبا بكم يردّها ، وفيه إشارة إلى أن النحل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها (قوله والانتفاع بما يخرج منه) جواب عن قوله حيوان منتفع به : يعني لانسلم أنه منتفع به بعينه ، بل الانتفاع بما سيحدث منه وذلك معدوم في الحال . قيل قوله لا بعينه احتراز عن المهر والجحش فإنهما وإن كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المال بأعيانهما ، وفيه بعد لخروجهما بقوله يخرج منه ؛ وإذا كان الانتفاع بما يخرج

(قوله لعدم ما يمنع عنه) أقول : أي عن الإيقاع (قوله قيل قوله لابعينه احتراز الخ) أقول : القائل هو الإقناع والنجازي (قوله وفيه بعد لخروجهما الخ) أقول : فيه تأمل فإنه ينتفع بما يخرج ويحصل منهما في مستقبل الزمان من أولادهما فلا يخرجان به .

تبعاً له ، كذا ذكره الكرخي رحمه الله (ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) لأنه من الهوام . وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاً له . وعند محمد رحمه الله يجوز كيفما كان لكونه منتفعاً به (ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما يجوز) لمكان الضرورة . وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله كما في دود

يفتفع به في ثاني الحال قبل حدوث ما يتولد منه ، فقبل حدوث ما يتولد منه لا ينتفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام ، ولذا قال في الجامع الصغير : إن وجد بها عيباً بكم يردّها إشارة إلى أن النحل لا قيمة لها ، حتى لو باعها تبعاً لكواره فيها غسل وهو فيها جاز ذكره الكرخي كالشرب والطريق . وقال القدوري : إنه حكى عن أبي الحسن الكرخي أنه كان ينكر هذه الطريقة ويقول : إنما يدخل في البيع تبعاً ما هو من حقوق المبيع وأتباعه ، والنحل ليس من حقوق العسل ، إلا أنه ذكر في جامع هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف ، والتبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع له في المقصود بالبيع والكواره بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل إذا سوى من طين . وفي التهذيب : كواره النحل مخففة ، وفي المغرب بالكسر من غير تشديد ، وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريين بالضم (قوله ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه من الهوام . وعند أبي يوسف يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاً له) وأجاز بيع بزر القز الذي يكون منه الدود (وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعاً به) وأجاز السلم فيه كيلاً إذا كان وقته وجعل منتهى الأجل في وقته . وجوابه ما تقدم في المسئلة قبلها وهو أن المنتفع به ما يخرج منه فقبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه حينئذ ، والوجه قول محمد للعادة الضرورية ، وقد ضمن محمد متلف كل من النحل ودود القز . وفي الخلاصة في بيعهما قال : الفتوى على قول محمد . ثم لا يخفى أن محمداً ناسب أصله في مسئلة بيع النحل في القول بجوازه ، وأبو حنيفة كذلك في قوله بعلمه . وأما أبو يوسف فيجب أن يقول مثله في النحل ، وما قدمه المصنف في النحل عن الكرخي بجوازه إذا بيع تبعاً للكواره ظاهره أنه يجوز باتفاق حينئذ ، وعلى هذا يجب أن لا يختلف أبو حنيفة مع أبي يوسف في دود

فقبل خروجه لا يكون منتفعاً به ، حتى لو كان ما يخرج منه بأن باع كواره بضم الكاف وكسرهما وهي معسل النحل إذا سوى من طين فيها غسل بما فيها من النحل يجوز تبعاً له . كذا ذكر الكرخي في مختصره . وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر : وأما إذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبعية وإن لم يجر لإفراجه بالبيع كالشرب والطريق . ثم قال : وقد حكى عن الحسن الكرخي أنه كان ينكر هذه الطريقة ويقول : إنما يدخل في البيع على طريق التبعية ما هو من حقوق المبيع وأتباعه والنحل ليس من حقوق العسل ، إلا أنه ذكر في جامع هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف . قال (ولا يجوز بيع دود القز وبيضه) وهو البزر الذي يكون منه الدود لا يجوز عند أبي حنيفة لأنه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع به بعينه بل بما سيحدث منه وهو معدوم في الحال . ونجاز عند محمد لكونه منتفعاً به ولمكان الضرورة في بيعه ، قيل وعليه الفتوى ، وأجاز أبو يوسف بيع دود القز إذا ظهر فيه القز تبعاً له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقاً لمكان الضرورة ، ونقل عنه أنه مع أبي حنيفة كما في دوده ، وهذه العبارة تشير إلى أن أبا حنيفة إنما لم يجوز بيعه بانفراده ، فأما إذا كان تبعاً فيجوز ، والحمام إذا علم عدوها وأمكن تسليمها جاز البيع لأنه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهواء ،

(قال المصنف : ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) أقول : لا بد لأبي حنيفة من الفرق بين بيع النحل وبين بيع دود القز ، حيث جوز الأول تبعاً دون الثاني (قوله وهذه العبارة تشير إلخ) أقول : فيه تأمل .

القر والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم (ولا يجوز بيع الآبق) نهى النبي عليه الصلاة والسلام عنه ولأنه لا يقدر على تسليمه (إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده) لأن المنهى عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقاً في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ، ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ، ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عند أخذه لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع ، ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضاً لأنه قبض غصب . ولو قال هو

القرّ بل يقولان معا إن كان وحده لا يجوز لأنه من الهوام ، وإن كان تبعاً للقر فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لإفراد أبي حنيفة في هذه ، وقران أبي يوسف معه في تلك والاتفاق على عدم جواز بيع ماسواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنفاذ والجعل والضب . ولا يجوز بيع شيء من البحر إلا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك . وقال محمد : إذا كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القرّ بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز . وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان . وفي فتاوى الواو الجي : امرأة أعطت امرأة بزر القرّ وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك الفيلق لصاحبة البزر لأنه حدث من بزرها ولها على صاحبة البزر قيمة الأوراق وأجر مثلها ، ومثله إذا دفع بقرة إلى آخر يعلقها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر مثله ، وعلى هذا إذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف (قوله والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها) أما إذا كانت في بروجها ومخارجها مسدودة فلا إشكال في جواز بيعها ، وأما إذا كانت في حال طيراتها ومعلوم بالعادة أنها تبيض فكذا ذلك لأن المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكاً مقدور التسليم ، وتجوز كونه لا يعود أو عروض عدم عوده لا يمنع جواز البيع كتجوز هلاك المبيع قبل القبض ، ثم إذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا إذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ وصار كالظبي المرسل في برّ فإنه يجوز وإن جاز أن لا يعود (قوله ولا يجوز بيع الآبق) الآبق إذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الأئمة الأربعة ويجوز عتقه ، غير أنه إذا اعتقه عن كفارة اشترط العلم بحياته وتجوز هبته لابنه الصغير أو لقيم في حجره ، بخلاف البيع لابنه الصغير حيث لا يجوز لأن شرطه القدرة على التسليم عقيب البيع وهو منتف ، وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لأنه قبض بإزاء مال مقبوض من مال الابن ، وهذا قبض ليس بإزائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظراً

وإنما ذكرها هنا تبعاً لما ذكره الصمد الشهيد في شرح الجامع الصغير لأنه وضعه ثمة كذلك . قال (ولا يجوز بيع الآبق) بيع الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد في الأصل بقوله « بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغر وعن بيع العبد الآبق » ولأنه غير مقدور التسليم ، والآبق الذي لا يكون مطلقاً وهو الذي لا يكون آبقاً في حق أحد المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه من رجل يزعم أنه عنده لأن المنهى عنه بيع المطلق منه ، وهذا غير آبق في حق المشتري فينتفى العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضاً بمجرد العقد أو لا ، إن كان قبضه لنفسه يصير قابضاً عقيب الشراء بالاتفاق ؛ وإن قبضه للرد ، فيما أن يشهد على ذلك أو لا ، فإن كان الأول لا يصير قابضاً لأنه أمانة عنده ، حتى لو هلك قبل الوصول إلى المولى هلك من مال المولى (وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع) لأن قبض الضمان أقوى لتأكده بالزوم والملاك ، أما الزوم فلأن المشتري لو امتنع عن قبض المبيع

(قوله والآبق النهي ، إلى قوله : هل يصير) أقول : فيه تأمل .

عند فلان فبعه منى فباعه لا يجوز لأنه آتق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه ؛ ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم ، كما إذا آبق بعد البيع ، وهكذا

للصغير ، فإنه لو عاد عاد على ملك الصغير ولهذا أجزنا بيعه ممن ذكر أنه في يده لثبوت التسليم ، والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسليم ، فإذا كان ثابتا حصل المقصود ، بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عليك الآبق عند هذا فبعنيه وأنا أقبضه منه واعترف ذلك الرجل لا يجوز بيعه لأن تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز . وإذا جاز بيعه هل يصير قابضا في الحال ، حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع إن كان حين قبضه أشهد أنه قبض هذا ليرده على مالكة لا يصير قابضا لأن قبضه هذا قبض أمانة ، حتى لو هلك قبل أن يصل إلى سيده لا يضمه ، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع ، فإن هلك قبل أن يرجع إليه انفسخ البيع ورجع بالثمن ، وإن لم يشهد يصير قابضا لأن قبضه إذا لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ، ولو عاد من إباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزا إذا سلمه ؟ فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحا وهو مروي عن محمد ، كما إذا باع خرا فتخللت قبل التسليم أو باع طيرا في الهواء ثم أخذه لا يعود صحيحا ، وهذا يفيد أن البيع باطل ، وهو مختار مشايخ بلخ والثلجي لأن وجود الشرط يجب كونه عند العقد ، وفي رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يجوز لقيام المالية والملك في الآبق ، ولذا صح عتقه فكان كبيع المهرن إذا افتكه قبل الخصومة وفسخ القاضى للبيع ، وبه أخذ الكرخي وجماعة من المشايخ حتى إذا امتنع البائع من تسليمه أو المشتري من قبوله أجبر على ذلك ، لأن صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ ، بخلاف ما إذا رجع بعد أن فسخ القاضى البيع أو تخصما فإنه لا يعود صحيحا اتفاقا ، وهذا يقتضى أن البيع فاسد ؛ فالحق أن اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف في أنه باطل أو فاسد ، فإنك علمت أن ارتفاع المفسد في الفاسد يردده صحيحا لأن البيع قائم مع الفساد ، وارتفاع المبطل لا يرجع لأن البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معلوما ، فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ، ووجه الفساد قيام المالية والملك . والوجه عندى أن عدم القدرة على التسليم مفسد لا يبطل وهذا مما يخرج فيه الخلاف ، فإنهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وإن كان أخذه ثم أرسله فإنه لا يخرج عن ملكه ، وقد اختلفوا فيما لو أخذه بعد بيعه وسلمه ؛ فطائفة مع الكرخي يعود جائزا والبلخيون لا يعود جائزا ، فبالضرورة أن من قال بالجواز قائل بأنه فاسد مع عدم القدرة على التسليم ، وقول من

أجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه ، بخلاف الأمانة . وأما الملك فلأن الضمان يثبت الملك من الجانبين على ما هو الأصل ، بخلاف قبض الهبة ، وإن كان الثاني يجب أن يصير قابضا لأنه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول أبي حنيفة ومحمد . وذكر الإمام القمى أنه لا يصير قابضا عند أبي يوسف ، وقول المصنف يجب أن يصير قابضا كأنه إشارة إلى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضا نظرا إلى القاعدة . ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه منى فباعه لا يجوز لكونه آبقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم ، إذ البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ، ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق هل يتم ذلك العقد أو يحتاج إلى عقد جديد ؟ ففي ظاهر الرواية وبه أخذ مشايخ بلخ أن ذلك العقد لا يتم ويحتاج إلى عقد جديد لوقوعه باطلا ، فإن جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانهلحل فصار كما إذا باع الطير في الهواء ثم أخذه وسلمه في المجلس . وعورض بأن الإعتاق يجوز . ولو فات

يروى عن محمد رحمه الله : قال (ولا بيع لبن امرأة في قرح) وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لأنه مشروب طاهر . ولنا أنه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم

قال المحلّة كونه مالا مملوكا مقدور التسليم ، إن عني محلة البيع الصحيح فنعم وإلا فلا ، بل محل البيع المال المملوك للبائع أو غيره ، فإن كان له فنافذ أو لغيره فوقوف ، والنافذ إما صحيح إن كان مبيعه مقبور التسليم ليس فيه شرط فاسد وإلا ففاسد . وأما حديث النهي عن بيع الآبق فروى إسحاق بن راهويه : أخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي قال : حدثنا جعفر بن الحرث أبو الأشهب الواسطي قال : حدثني من سمع محمد بن إبراهيم التيمي عن أبي سعيد الخدري « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع ، وعن بيع ما في ضرعها ، وعن بيع العبد وهو آبق » ورواه ابن ماجه بسند فيه جهضم بن عبد الله عن محمد بن إبراهيم عن محمد بن زيد العبدي عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري يرفعه إلى أن قال : « وعن شراء العبد وهو آبق ، وعن شراء المغنم حتى تقسم ، وعن شراء الصدقات حتى تقبض ، وعن ضربة القانص » وشهر مختلف فيه . وقال أبو حاتم : إن محمد بن إبراهيم مجهول ، وقيل فيه انقطاع أيضا ، وعلى كل حال فالإجماع على ثبوت حكمه دليل على أن هذا المضعف بحسب الظاهر صحيح في نفس الأمر (قوله ولا بيع لبن امرأة في قرح) هذا القيد ليبان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فإنه لا يكون في قرح إلا بعد انفصاله ، أما عين القرحية فليس قيذا بل سائر الأواني سواء ، وإنما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقره كئ لا يظن أن امتناع بيعه مادام في الضرع كغيره بل على سائر أحواله لا يجوز بيعه ولا بضمن متلفه وهو مذهب مالك وأحمد (وعند الشافعي يجوز لأنه مشروب طاهر) فيجوز بيعه ونحن نمنع أنه مشروب مطلقا بل للضرورة حتى إذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه ، والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه في العين الرمضاء وبعضهم أجازها إذا عرف أنه دواء عند البرء (و) نقول (هو جزء من الآدمي مكرم

المحل لما جاز ، وأجيب بأن الإعتاق لإبطال الملك وهو يلاثم النوى بالإباق ، بخلاف البيع فيه فإنه إثباته ، والنوى ينافيه . وروى عن أبي حنيفة أن العقد يتم إذا لم يفسخ ، والبائع إن امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه أجبر على ذلك لأن العقد قد انعقد لقيام المسالية لأن مال المولى لا يزول بالإباق ولهذا جاز إعتاقه وتديبره ، والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضى وانتفى المانع فيجوز وصار كما إذا أبق العبد بعد البيع ، وهكذا يروى عن محمد وبه أخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا . وأما إذا رفعه المشتري إلى القاضى وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فإنه يحتاج إلى بيع جديد ، قال (ولا لبن امرأة في قرح) قيد بقوله في قرح لدفع ماعسى أن يتوهم أن بيعه في الضرع لا يجوز كسائر ألبان الحيوانات ، وفي القرح يجوز فقال : إنه لا يجوز في قرح . وجوز الشافعي بيعه لأنه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الألبان ، وعقب بقوله طاهرا احترازا عن الخمر فإنها ليست بطاهرة . ولنا أنه جزء الآدمي لأن الشرع أثبت حرمة الرضاع لمعنى البعضية ، وجزء الآدمي ليس بمال لأن الناس لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه . وعورض بأنه لو كان جزء الآدمي لكان مضمونا بالإتلاف كبقية أجزاء الآدمي . أجيب بأننا لانسلم أن الأجزاء تضمن بالإتلاف بل المضمون ما انتقص من الأصل ؛ ألا ترى أن الجرح إذا اتصل به البرء يسقط الضمان وكذا السن إذا نبتت (قوله وهو) أى الآدمي

(قوله لدفع ماعسى أن يتوهم) أقول : هذا التوهم بعيد جدا بعد ما سبق قوله ولا اللبن في الضرع (قوله لأنه مشروب طاهر ، وبيع مثله جائز) أقول : الماء مشروب طاهر ، ولا يجوز بيعه قبل الإحراز كالكلاب ، فلم أن مجرد ذلك لا يكتفى .

مصون عن الابتذال بالبيع ، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد العقد على نفسه فكأنها على جزئها . قلنا : الرق قد حل نفسه ، فأما اللبن فلا رق فيه لأنه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحى ولا حياة في اللبن .

مصون عن الابتذال بالبيع ، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الأمة . وعن أبي يوسف أنه يجوز في لبن الأمة لأنه لا يجوز إيراد العقد على كلها فيجوز على جزئها . قلنا : الجواز يتبع المالية ولا مالية للإنسان إلا ما كان محلا للرق (وهو للحى ولا حياة في اللبن) ولأن العتق قوة شرعية حاصلها قدرة تثبت له شرعا على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه ولا بد من اتحاد محلها وليس اللبن محل تلك القدرة . فإن قيل : أجزاء الآدى مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالإتلاف . أجيب بمنع ضمان أجزائه مطلقا بل المضمون ما انتقص من الأصل ، حتى لو نبت السن التي قلعت لاضمان إلا ما يستوفى بالوطء فإنه مضمون وإن لم ينتقص شيئا تغليظا لأمر البضع فيجعل ما يستوفى بالوطء في حكم النفس ، بخلاف من جزّ صوف شاة فإنه يضمن وإن نبت غيره ، وبإتلاف اللبن لا ينتقص شيء من الأصل ، ولأن حرمة المصاهرة تثبت بشربه ، ففي إشاعته بيعه فتح لباب فساد الأنكحة ، فإنه لا يقدر على ضبط المشتريين والبايعين فيشيع فساد الأنكحة بين المسلمين . وهذا وإن كان يندفع إذا كانت حرمة شربه شائعة بالدار فيعلم أن شراؤه ليس إلا لمنفعة أخرى كشراء الأمة المحبوسة بعد اشتها حرمة وطئها شرعا لكنهم يميزون شربه للكبير : هذا وقد أسند الفقيه أبو الليث إلى محمد بسند متصل قال : سمعت الفقيه أبا جعفر يقول : سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حمّ قال : قال نصير بن يحيى : سمعت الحسن بن سيهوب (١) يقول : سمعت محمد بن الحسن يقول : جواز إجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها ، لأنه لما جازت الإجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الأموال ، لأنه لو كان مالا لم تجز الإجارة ، ألا ترى أن رجلا لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الإجارة ، فلما جاز إجارة الظئر ثبت أن لبنها ليس مالا . هذا وأما المصنف فإنما علل للمنع بأن

بجميع أجزائه مكرّم يجوز أن يكون دليلا آخره وتقريره أن الآدى بجميع أجزائه مكرّم مصون عن الابتذال ، وما يرد عليه البيع ليس بمكرّم ولا مصون عن الابتذال ، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة . وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبارا للجزء بالكل : والجواب أنه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز . وبيانه أن الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه ، وأما اللبن فلا رق فيه لأن الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق : يعنى العتق ، وهو أى المحل هو الحى ، ومعناه أنها صفتان يتعاقبان على موضع واحد فهما ضدان ، وإذ لا حياة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتهاء الموضوع ، والجواب عن قوله مشروب طاهر أن المراد به كونه مشروبا مطلقا أو في حال الضرورة ، والأول ممنوع ، فإنه إذا استغنى عنه حرم شربه . والثاني مسلم لأنه غذاء في تربية الصغار لأجل الضرورة فإنهم لا يتربون إلا بلبن الجنس عادة ، ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالميتة تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه .

(قوله وتقريره أن الآدى بجميع أجزائه مكرّم الخ) أقول : قياس من الشكل الثاني (قوله لا يرد عليه الرق) أقول : يعنى استقلا (قوله وليست بمال) أقول : أى متقوم .

(١) (قوله سيهوب) كذا في النسخ التي بأيدينا ، ولم نجده فمررناه مصححه .

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير) لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له ، ويجوز الانتفاع به للخزير للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه ، ويوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى البيع ، ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف . وعند محمد رحمه الله لا يفسده لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته . ولأبي يوسف رحمه الله أن الإطلاق للضرورة فلا يظهر إلا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها (ولا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع بها) لأن الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز

الآدمي مكرم بجميع أجزائه فلا يبتذل بالبيع وسأبقى باقيه (قوله ولا يبيع شعر الخنزير لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له) . أورد عليه أنه جعل البيع هنا في لبن المرأة إهانة مانعة من جواز البيع للزوم الإكرام والبيع يشفيه ، وجعله في مسألة بيع الخمر والخنزير إعزازا فبطل للزوم الإهانة شرعا والبيع إعزاز ، وهذا تناقض الجواب أن الفعل الواحد قد يكون بالنسبة إلى محل إهانة وبالنسبة إلى آخر إكرام . مثلا : لو أمر السلطان بعض سائسي الدواب أن يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الإكرام له ، ولو أمر القاضي بذلك كان غاية الإهانة له ، فالخمر والخنزير في غاية الإهانة شرعا ، فلو جعل مبيعا مقابلا يبدل معزوز كالدراهم أو الثياب كان غاية إكرامه والآدمي مكرم شرعا وإن كان كافرا فيراد العقده عليه وإبداله به وإلحاقه بالجمادات إذلال له . هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع يرد عليه بيع السرقين ، فالمعول عليه التعليل بالانتفاع والحاجة إليه مع إمكان وجوده مباح الأصل فلا تنافي (ثم يجوز الانتفاع به للضرورة) فإن الخرازين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدونه (و) هو (يوجد مباح الأصل فلا حاجة إلى بيعه) فلم يكن بيعه في محل الضرورة حتى يجوز ، وعلى هذا قال الفقيه أبو الليث : فلم يوجب إلا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة إليه . وقد قيل أيضا إن الضرورة ليست ثابتة في الخنزير بل يمكن أن يقام بغيره . وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفا خرز بشعر الخنزير ، فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به . وروى أبو يوسف كراهة الانتفاع به لأن ذلك العمل يتأتى بدونه كما ذكرنا ، إلا أن يقال : ذلك فرد تحمل مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرجا مثله ثم (قال أبو يوسف إنه لو وقع في ماء قليل أفسده ، وعند محمد لا ينجس به لأن حل الانتفاع به دليل طهارته) والصحيح قول أبي يوسف ، لأن حكم الضرورة لا يتعللها وهي في الخرز فتكون بالنسبة إليه فقط كذلك ، وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدراهم ينبغي أن يتخرج على القول بطهارته في حقهم ، أما على قول أبي يوسف فلا هو الوجه ، فإن الضرورة لم تلزمهم إلى أن يعلق بهم بحيث لا يقدر على الامتناع عنه ويتجمع على ثيابهم هذا المقدار (قوله ولا يجوز بيع شعر الإنسان) مع قولنا بطهارته (والانتفاع به لأن الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين) ونجس العين لا يجوز بيعه إهانة له ، ويجوز الانتفاع به للخزير للضرورة لأن غيره لا يعمل عمله : فإن قيل : إذا كان كذلك وجب أن يجوز بيعه . أجاب بأنه يوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى بيعه ، وعلى هذا قيل : إذا كان لا يوجد إلا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع . وقال أبو الليث : إن كانت الأساكفة لا يجلون شعر الخنزير إلا بالشراء ينبغي أن يجوز لهم الشراء ، ولو وقع في الماء أفسده عند أبي يوسف لأن الإطلاق للضرورة ولا ضرورة إلا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال . وقال محمد : لا يفسده لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته ، ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه ، وكان المصنف اختار قول أبي يوسف حيث أخره ، قيل : هذا إذا كان متوقفا ، وأما المجزوز فطاهر كذا في الترتاشي وقاضيخان . قال (ولا يجوز بيع شعور الإنسان الخ) بيع شعور الآدميين والانتفاع بها لا يجوز . وعن محمد أنه يجوز الانتفاع

أن يكون شيء من أجزائه مهانا ومبتذلا وقد قال عليه الصلاة والسلام « لعن الله الواصلة والمستوصلة » الحديث ، وإنما يرخس فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائهن . قال (ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ)

أن يكون شيء من أجزائه مهانا ومبتذلا (وفي بيعه إهانة ، وكذا في امتنانه بالانتفاع ، وقد قال صلى الله عليه وسلم فيما ثبت عنه في الصحيحين (لعن الله الواصلة والمستوصلة) والواشمة والمستوشمة ، فالواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء ، والمستوصلة المعمول بها بإذنها ورضاهما ، وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به ، ألا ترى أنه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء للتكثير ، فظهر أن اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة ولا لمنع القراميل ، ولا شك أن الزينة حلال ، قل الله تعالى - قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده - فلولاً لزوم الإهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعر النساء أيضا . وفي الحديث « لعن الله الذامصة والمنتمصة أيضا » والذامصة هي التي تنقش الحاجب لترقه ، والمنتمصة التي ينهل بها ذلك (قوله ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ

بها استدلالا بما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم حين خلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به » ولو كان نجسا لما فعله ، إذ النجس لا يتبرك به . وجه الظاهر أن الآدى مكرم غير مبتذل ، وما هو كذلك لا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مبتذلا مهانا وفي البيع والانتفاع ذلك ، ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « لعن الله الواصلة والمستوصلة » والواصلة من تصل الشعر ، والمستوصلة من يفعل بها ذلك . فإن قيل : جعل المصنف رحمه الله بيع شعر الخنزير إعزازا فيما تقدم وجعل بيع شعر الآدى إهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز أن يكون موجبا ، لأمرين متنافيين . وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع ، فإن كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره إعزاز له فلا يجوز لإفضائه إلى إعزاز ما حقره الشرع ، وإن كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك إهانة له فلا يجوز لإفضائه إلى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء ، وإنما هو من وصف الخلل شرعا ، ثم إن عدم جوازهما ليس للنجاسة على الصحيح لأن شعر غير الإنسان لا ينجس بالمزيلة فشعره وهو ظاهر أولى ، ولأن في تناثر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة . وقال الشافعي : نجس لحمة الانتفاع به ، وهو محجوج بالضرورة ، ولا بأس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء : أي في أصول شعرهن بالتكثير وفي ذوائهن بالتطويل ، ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لأنه غير مستفيع بها لنجاستها . قال صلى الله عليه وسلم « لا تنتفعوا من الميتة بإهاب » وهو اسم لغير المدبوغ ، كذا روى عن الخليل وقد مر في كتاب الصلاة . فإن قيل : نجاستها مجاورة باتصال الرسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس . أجيب بأنها خلقية فما لم يزايل بالدباغ فهي كعين الجلد ، بخلاف نجاسة الثوب . فإن قيل : قوله صلى الله عليه وسلم

(قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام « لعن الله الواصلة والمستوصلة » الحديث) أقول : قال الزيلعي : إنما لنا للانتفاع به لما فيه من إهانة المكرم انتهى ، وفيه بحث (قوله وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع النجس) أقول : فيه بحث ، إذ لو تم ما ذكره لكان البيع بما يماثل في التحقير والتعظيم جائزا ، وليس كذلك إلا أن يقال : لا نظير لذلك في الشرع وفيه تأمل ، أو يقال : ما ذكرته كلام على السند ، ولعل الأولى أن يقال في جواب أصل السؤال إن بعض الأشياء خلق مالكا فجعله مملوكا إهانة له لكونه حطا عن درجته ، وبعض الأشياء أخرجه الله عن دائرة الانتفاع والمملوكية فجعله مملوكا رفع له عن مرتبته ، ولا بد في إيجاب الشيء الواحد أمرين متنافيين في محلين مختلفين ؛ ألا يرى أن الشمس تبيغ الثوب وتسود وجه القصار وتمتد الملح وتذيب الشنع فليتأمل (قوله فليس ذلك) أقول : أي ما ذكر من الإهانة والإعزاز (قوله من المبيع في شيء) أقول : لعل المراد أن المبيع ليس موجبا تاما لما حتى يرد السؤال .

لأنه غير منتفع به ، قال عليه الصلاة والسلام « لا تنتفعوا من الميتة بإهاب » وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لأنها قد طهرت بالدباغ ، وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبتها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله) لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل . والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله ، وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به : قال (وإذا كان السفلى لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز)

لأنها غير منتفع بها ، قال صلى الله عليه وسلم « لا تنتفعوا من الميتة بإهاب » (وتقدم في الصلاة تقريره وتخريجه ، ولا خلاف في هذا ، فإن قيل : نجاستها ليست إلا لما يجاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالثوب النجس . أجب بأن المنجس منها باعتبار أصل الخلقة فلم يزايله فهي كعين الجلد ، فعلى هذا يكون الجلد نجس العين ، بخلاف الثوب والدهن النجس فإن النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الثوب بما فيه . وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه أولاً ليجتاح إلى الجواب عنه ، فإنه ما علة المنع إلا بعدم الانتفاع به ، وإنما يرد على من علة بالنجاسة . ولا ينبغي أن يعمل بها بطلان بيع أصلاً ، فإن بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المألية ، فإن بيع السرقين جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا . وأما جواز بيعها بعد الدباغ فلحل الانتفاع بها حيثلذ شرعاً ، والحكم بطهارتها زيادة تثبت شرعاً على خلاف قول مالك وتقدم في الصلاة (ويجوز بيع عظام الميتة وعصبتها وصوفها وشعرها) وریشها ومنقارها وظلفها وحافرها فإن هذه الأشياء طاهرة لا تحلها الحياة فلا يحلها الموت وتقدم في الصلاة (قوله والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد) فيكون حكمه حكمه ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف هو كسائر السباع نجس السور واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقتلة والركوب فكان كل كلب يجوز الانتفاع به . قيل وروى « أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظهر استعمل الناس له من غير نكير ، ومنهم من حكى لإجماع العلماء على جواز بيعه . وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره : أدركت ناساً من سلف العلماء يمتشطون بها ويدهنون فيها لا يرون بأساً . وقال ابن سيرين : وإبراهيم لا بأس بتجارة العاج . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة منع بيع القرد . وروى الحسن عنه أنه يجوز بيعه ، وهو المختار لأنه مما ينتفع به في بعض الأشياء (قوله وإذا كان السفلى لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز) لأن المبيع حيثلذ ليس إلا حق التعلى

(لا تنتفعوا) وهو يقتضي المشروعية فن أين اللاجواز ؟ فالجواب أنه نهى عن الأفعال الحسية وهو ينيده ، طالع التقرير تطلع عليه (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لأنها طهرت به (لأن تأثيره في إزالة الرطوبات كالدكا والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ . ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبتها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله . لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة ، وقد تقدم في كتاب الصلاة (والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد) اعتباراً به في حرمة اللحم وغيرها . قال لا تقع عليه الزكاة ، وإذا دبغ جلده لم يطهر . وعندهما بمنزلة السباع يباع عظمه لأنه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك ، فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسائر السباع . قالوا : يباع عظمه إنما يجوز إذا لم تكن عليه دسومة ، وأما إذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه . قال (وإذا كان السفلى لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز)

(قوله فالجواب أنه نهى الخ) أقول : فيه بحث .

لأن حق التعلّي ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه والمال هو المحل للبيع ، بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات ومفردا في رواية ، وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب .

(وحق التعلّي ليس بمال لأن المال عين يمكن إحرازها) وإسكانها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء مالا يباع والمبيع لابد أن يكون أحدهما . وقول المصنف (والمال هو المحل للبيع) تساهل أو تنزيل للمتعلق بالمال منزلة المال (بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات) فإذا كان الشرب شرب تلك الأرض ، أما إذا باع أرضا مع شرب غيرها في صحته اختلاف المشايخ : والصحيح أنه لا يجوز مفردا كبائع الشرب يوما أو يومين حتى تزداد نوبته ، وجوز مشايخ بلخ كأبي بكر الإسكافي ومحمد بن سلمة لأن أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم إليه ، والقياس يترك بالتعامل كما يجوز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل (ولأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب) فإنه قال فيه : ادعى رجل شراء أرض بشرى بألف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في مقدار ثمن الأرض لأن الذي زاد الشرب نقص من ثمن الأرض لأن بعض الثمن يقابل الشرب فصار كاختلافهما في مقدار الثمن . وقيل لو باع أرضا بشرى فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب ، وأما ضمانه بالإتلاف وهو بأن يسقى أرضه بشرب غيره فهو رواية البزدوى ، وعلى رواية شيخ الإسلام لا يضمن ، وقيل يضمن إذا جمع الماء ثم أتلفه ، ولا يضمن قبل الجمع ، وحينئذ فالإلزام به من رد المختلف فيه إلى المختلف فيه فلا يلزم المخالف . وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف أنه قصر ضمانه بالإتلاف على ما إذا كان شهد به الآخر ثم رجع بعد القضاء وقال : لا وجه للضمان بالإتلاف إلا بهذه الصورة ، لأنه لو ضمن بغيرها فإما بالسقى أو يمنع حق الشرب ، لا وجه إلى الأول لأن الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا إلى الثاني لأن منع حق الغير ليس سببا للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد ، وأما أنه حظ من الماء فهو عين شيء يتعلق بالعين فأورد عليه أنه لو كان عينا ينبغي أن

لأن حق التعلّي ليس بمال لعدم إمكان إحرازه والمال هو المحل للبيع) فإن قيل : الشرب حق الأرض ولهذا قال في كتاب الشرب : إذا اشترى أرضا لم يكن له شرب فينبغي أن لا يجوز : أجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات ، ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء لوجوب الضمان بالإتلاف ، فإن من سقى أرض نفسه بماء غيره يضمن ، ولأن له حظا من الثمن ذكره في كتاب الشرب . قال في شاهدين شهد أحدهما بشراء أرض بشرى بألف والآخر بشرائها بألف ولم يذكر الشرب لم تقبل لأنهما اختلفا في ثمن الأرض لأن بعض الثمن يقابل الشرب ، وإنما لم يميز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار أنه ليس بمال ، بخلاف بيعه معها تبعا لزوالها باعتبار التبعية .

(قال المصنف : لأنه حظ من الماء) أقول : فإن قيل : سلينا أنه نصيب ولكن ليس ذلك النصيب في ملكه وقت البيع ، وإن وجد في أرضه فالماء ليس بملك له فلا يجوز بيعه لاتيما ولا منفردا . قلت : لا حاجة إلى وجود العين في ملكه وقت البيع كما في الاستصناع والسلم فيجوز بيعه . أما قوله والماء ليس بملك . قلنا : إذا وجد في أرضه وأتلفه إلى آخر يضمن علم أنه يملكه ، كذا في شرح شاهان ، إلا أنه يخالف لما ذكره في شرح قول المصنف : ولا يجوز بيع المراعى كما سبق فليتأمل ، وسيجيء في آخر كتاب الشرب أنه لا يضمن إذا سقى من شرب غيره .

قال (وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة تحتل وجهين : بيع رقة الطريق والمسيل ، وبيع حق المرور والتسييل . فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسئلتين أن الطريق معلوم لأن له طولاً وعرضاً معلوماً ، وأما المسيل فجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وإن كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان .

لا يجوز بيعه إذا لم يكن فيه ماء . وأجيب بأنه إنما يجوز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير أنه حظ من الماء فهو مجموع المقدار فلا يجوز بيعه ، وهذا وجه منع مشايخ بخارى بيعه مفرداً ، قالوا : وتعامل أهل بلدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير إجماعاً كالاستصناع والسلم لا يقاس عليه ، والضرورة في بيع الشرب مفرداً على العموم منتفية بل إن تحقق حاجة بعض الناس في بعض الأوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس .

[فرع] باع العلو قبل سقوطه جاز ، فإن سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض (قوله وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل) قال المصنف (المسئلة تحتل وجهين) أن يكون المراد (بيع رقة الطريق والمسيل ، و) أن يكون المراد (بيع حق المرور) الذي هو التطرق (والتسييل ، فإن كان الأول) وهو بيع رقة الطريق والمسيل : أى مع اعتبار حق التسييل (فوجه الفرق بينهما أن الطريق معلوم لأن له طولاً وعرضاً معلوماً) فإن يئنه فلا إشكال في حق نفسه ، وإن لم يئنه جاز أيضاً ، وهو المراد بالمسئلة هاهنا فإنه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله إلى السكة النافذة (أما المسيل فجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله الماء) ومن هنا عرف أن المراد بالمسئلة ما إذا لم يبين مقدار الطريق والمسيل ، أما لو بين حد ما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد أن يبين حدوده : (وإن كان) المراد (الثاني) وهو مجرد حق المرور والتسييل (ففي بيع حق المرور) مجرداً (روايتان) على رواية الزيادات لا يجوز وبه أخذ الكرخي لجهالته ، وعلى رواية كتاب القسمة يجوز ، فإنه قال : دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى فإنه لاحق له في غير الطريق ، فإذا بيعت الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الأصل بثلاثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلاثي الثمن لأن صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤوس لأن صاحب القليل يساوى صاحب الكثير في الانتفاع انتهى . فقد جعل لصاحب حق المرور قسطاً من الثمن فدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشايخ ، واتفقت الروايات على أن بيع حق التسييل لا يجوز

قال (وبيع الطريق وهبته جائزة) بيع رقة الطريق وهبته جائز لكونه معلوماً بطوله وعرضه إن بين ذلك وهو ظاهر ، وإلا قدر بعرض باب الدار العظمى ، وهو مشاهد محسوس لا يقبل النزاع . وبيع رقة المسيل من حيث هو مسيل وهبته إذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء ، والقيد الأول لإخراج بيع رقبته من حيث أنه نهر فإنه أرض مملوكة جاز بيعها . ذكره شمس الأئمة السرخسي . والثاني لإخراج بيعه من حيث هو مسيل إذا بين حدوده وموضعه فإنه جائز أيضاً . ذكره قاضيخان . وهذا أحد محتملي المسئلة ، وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقة الأرض جائز في رواية ابن سماعه ، وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسطاً من الثمن حيث قال : دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى لأنه لاحق له في غير الطريق ، فإن باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الأصل بثلاثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلاثي الثمن لأن صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد ، وقسمة الطريق تكون

ووجه الفرق على إحداهما بينه وبين حق التسييل أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق ، أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلی وعلى الأرض مجهول للجهازه محله . ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلی على إحدى الروایتین أن حق التعلی يتعلق بعین لاتبقي وهو البناء فأشبهه المنافع ، أما حق المرور فيتعلق بعین تبقي وهو الأرض فأشبهه الأعيان . قال (ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا يبيع بينهما ، بخلاف ما إذا باع كبشا فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير .

(فوجه الفرق على إحداهما) أى وجه الفرق (بين حق المرور وحق التسييل) على الرواية المجيزة لبيع حق المرور (أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق ، أما التسييل) فإن كان على السطح (فهو نظير حق التعلی) لا يجوز باتفاق الروايات ومروجه فساد وهو أنه ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء ، وفى هذا نظر ، فإن ذلك إذا باع حق التعلی بعد سقوط العلو وإنما يكون نظير ما إذا باع حق التسييل على السطح ولا سطح وإن كان على الأرض ، وهو أن يسيل الماء عن أرضه كى لا يفسدها فيمره على أرض غيره فهو مجهول لجهازه محله الذى يأخذه الماء بقيت الحاجة إلى الفرق بين حق التعلی حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية ، وإنما احتيج إلى الفرق لأنه علل المنع فى حق التعلی بأنه ليس بمال فبرد عليه أن حق المرور كذلك ، وقد جاز بيعه فى رواية ، وفى كل منهما يبيع الحق لا يبيع العين ، وهو أن حق المرور حق يتعلق برقبة الأرض وهى مال هو عين فإيتعلق به يكون له حكم العين ، أما حق التعلی فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال ، وأما فرق المصنف بأن حق التعلی يتعلق بالبناء وهو عين لاتبقي فأشبهه المنافع ، بخلاف الأرض فليس بذلك لأن البيع كما يرد على ما يبقى من الأعيان كذلك يرد على ما لا يبقى وإن أشبهه المنافع ، ولذا صحح الفقيه أبو الليث رواية الزيادات المانعة من جواز بيعه لأن بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالتسييل وحق المرور (قوله ومن اشترى (١) إلى آخره) إذا اشترى هذه الجارية

على عدد الرموس لأن صاحب القليل يساوى صاحب الكثير فى الانتفاع ، فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن وهو مما يدل على جواز البيع ، وفى رواية الزيادات : لا يجوز ، وصححه الفقيه أبو الليث لأنه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز ، وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز ، وهذا محتملها الآخر . وإذا عرف هذا ، فإن كان المراد المحتمل الأول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر آنفا ، وإن كان المحتمل الثانى فعلى رواية الزيادات لا يحتاج إلى الفرق لشمول عدم الجواز ، وأما على رواية ابن سماعه فالفرق بينهما أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم إما بالبيان أو التقدير كما مر وهو الطريق ، وأما المسيل فلما أن يكون على السطح أو على الأرض ، والأول حق التعلی وهو ليس بمال ولا متعلقا به مع كونه مجهولا لاختلاف التسييل بقلة الماء وكثرته ، والثانى مجهول فعاد إلى الفرق فى المحتمل الأول ، وهذه الرواية : أعنى رواية ابن سماعه فى جواز بيع حق المرور تلجئ إلى الفرق بينه وبين التعلی ، والفرق بينهما ما ذكره بقوله إن حق التعلی يتعلق بعین لاتبقي وهو البناء فأشبهه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها ، أما حق المرور فيتعلق بعین تبقي وهو الأرض فأشبهه الأعيان والبيع يرد عليها ، فظهر من هذا أن محل البيع إما الأعيان التى هى أموال أو حق يتعلق بها ، وفيه نظر لأن السكنى من الدار مثلا حق يتعلق بعین تبقي هو مال ولا يجوز بيعه . قال (ومن باع جارية فإذا هو غلام) اعلم أن الذكر والأنثى قد يكونان جنسين لفحش التفاوت

(١) (قوله ومن اشترى) عبارة المصنف : ومن باع الخ ، أفاده العلامة البحرأوى ، وسأق نظيرتها : ومن اشترى جارية الخ ،

والفرق يبنى على الأصل الذى ذكرناه فى النكاح لمحمد رحمه الله ، وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا فى مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه ، وفى متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لقوات الوصف كمن اشترى عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب ، وفى مسئلتنا الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت فى الأغراض ، وفى الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر فى هذا دون الأصل كالتحل والدبس جنسان

فظهرت غلاما فالبيع باطل لعدم المبيع ، وهذه وأمثالها تبنى على الأصل الذى تقدم فى المهر أنه إذا اجتمع تسمية وإشارة إلى شيء كما ذكرنا من هذه الجارية حيث أشار إلى ذات وسماها جارية فإن المسمى مع المشار إليه جنسان مختلفان كانت العبرة للتسمية ، لأن التسمية أبلغ فى التعريف من الإشارة لأن الإشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تخصى معروفة عند العقل بأشباهها لتلك الذات وغيرها ونحن فى مقام التعريف فيتعلق بما تعريفه أبلغ ، وحيث يبطل العقد لعدم المبيع الذى هو المسمى ، ذكره المصنف وهو الظاهر من قول محمد ، فإنه عبر هنا بقوله فلا بيع بينهما ، وقيل بل هو فاسد وإن كانا من جنس واحد إلا أن اختلافهما بالصفة فاحش كان أيضا كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلا ، وإن كان قليلا اعتبرت الإشارة فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم إلا أنه ذكر فيه وصفا مرغوبا فيه فلم يحده المشتري فيثبت له الخيار . وقول المصنف (والفرق يبنى على الأصل الذى ذكرناه فى النكاح لمحمد) لا يريد أن الأصل يختلف فيه بل هو متفق عليه ، وإنما ذكره محمد فى خلافته فى المهر مستدلا به على قوله فيما إذا تزوج على هذا الدن من التحل فإذا هو خمر فى الجنسين كل ذكر مع أنثى من بني آدم وإن كان متحدى الجنس المنطوق وهو الذاتى المقول على كثيرين مختلفين بميز داخل فقد ألحقا بمختلفيهما ، بخلاف الذكر والأنثى من سائر البهائم غير الآدمى فإن البيع ينعقد ويثبت الخيار . ونقل القدورى عن زفر أنه جعل الذكر والأنثى من بني آدم كالذكر والأنثى من غيرها ، فحكم بجواز البيع . وأجيب بالفرق بفحش اختلاف الأغراض منهما ، فألحقا بالجنسين ، فالغلام يراد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة ، والأنثى لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش ، بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس فى الفقه إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشا ، فالجنسان ما يتفاوت منهما فاحشا بلا نظر إلى الذاتى ، وهذا قول المصنف (وهو المعتبر فى هذا دون الأصل) يعنى المعتبر فى أنهما جنسان أو جنس واحد تفاوت الأغراض تفاوتاً بعيداً فيكون من اختلاف الجنس ، أو قريباً فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الأصل : يعنى الذاتى ، ولذا قالوا (التحل مع الدبس جنسان) مع اتحاد أصلهما

بينهما ، وقد يكونان جنسا واحدا لقلته ، فالغلام والجارية جنسان لأن الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرها والجارية لخدمة داخل البيت كالاستفراش والاستيلاد اللذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية ، والكبش والنعجة جنس واحد لأن الغرض الكلى من الحيوانات الأسكل والركوب والحمل والذكر والأنثى فى ذلك سواء ، فالمعتبر فى اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الأغراض دون الأصل كالتحل والدبس فإنهما جنسان مع اتحاد أصلهما لعظم التفاوت . والوذارى بكسر الواو وفتحها : ثوب منسوب إلى وذار قرية بسمرقند ، والزندنجى ثوب منسوب إلى زندنة : قرية ببخارى جنسان مختلفان على ما قال المشايخ فى شروح الجامع الصغير : وإذا عرف هذا فإذا وقعت الإشارة على مبيع ذكر بتسمية ، فإن كان ذلك مما يكون الذكر والأنثى فيه جنسين كبنى آدم فالتعد

والوذارى والزنديجى على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما . قال (ومن اشترى جارية بألف درهم

بفمى تفاوت الغرض منهما (والوذارى والزنديجى) كذلك ، والوذارى بفتح الواو وكسرها وإعجام الذال ثم راء مهملة : نسبة إلى وذار قرية من قرى سمرقند ، والزنديجى بزاى ثم نون ثم دال مهملة ثم نون أخرى ثم ياء ثم جيم نسبة إلى زندنة بفتح الزاى والنون الأخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس (مع اتحاد أصلهما) هكذا ذكره المصنف عن المشايخ . وما ذكر لأبي حنيفة فى باب المهر يقتضى أنه اعتبر الخل مع الحمر جنسا واحدا ، ومقتضاه أن يعتبر الخل مع الدبس كذلك . ومن المختلفين جنسا ما إذا باع فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل ، ولو باعه ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصغر صح ويخير ، كما إذا باع عبدنا على أنه خباز فإذا هو كاتب ، كذا ذكره المصنف ، وإن كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز كان المصنف ممن لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة ظهرت خيرا من الصفة التى عيئت أولا فى ثبوت الخيار ، كما أطلق فى المحيط ثبوت الخيار ، وذهب آخرون منهم صدر الإسلام وظهر الدين إلى أنه إنما يثبت إذا كان الموجود أنقص وصح الأول لفوات غرض المشتري ، فإن الظاهر أن غرضه من يقوم بحاجته التى عينها لا بما ليس غرضا له الآن ، وكأن مستند المفسلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على أنه كافر فإذا هو مسلم لا خيار له ، لأنه خير مما عين . وقد يفرق بأن الغرض وهو استخدام العبد بما يلقى به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وأمورها أو التجارة وأمورها ، بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة ونحوه فإنه يفيد أن حاجته التى لأجلها اشترى هى هذا الوصف (قوله ومن باع جارية بألف درهم

يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه ، وإذا قال بعثك هذه الجارية فإذا هى غلام بطل البيع لفوات التسمية التى هى أبلغ فى التعريف من الإشارة ، فإن التسمية لبيان الماهية يعنى موصوفا بصفة ، والإشارة لتعريف الذات يعنى مجردا عن بيان صفة ، والأبلغ فى التعريف أقوى ، وإن كان مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالشار إليه وينعقد لوجوده ، لأن العبرة إذ ذاك للإشارة لا للتسمية ، لأن ماسمى وجد فى المشار إليه فصار حق التسمية مقضيا بالشار إليه ، وقد ذكرنا تمام ذلك فى كتاب النكاح فى تعليم محمد رحمه الله : إذا باع كيشا فإذا هو نعجة صح البيع لكنه يشترى لفوات الوصف المرغوب ، فإنه إذا خرج عن كونه معرفا جعل للترغيب حذرا عن الإلغاء فصار كمن اشترى عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب فهو بالخيار . وقد يشير كلام المصنف إلى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه أنقص ، لأن الظاهر أن صفة الخبز لا تربو على الكتابة . وقد ذكر صاحب المحيط والعناني كذلك . وقال فخر الإسلام وأخوه صدر الإسلام والصدور الشهيد : إن الموجود إن كان أنقص من الشروط الفائت كان له الخيار ، وإن كان زائدا فهو للمشتري . ونص الكرخى على ذلك فى مختصره ، ولكل واحد منهما وجه . أما الأول فلأن المشتري قد يكون محتاجا إلى خباز فيلزم الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضا . وأما الثانى فلما تقدم أن المشتري إذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خير ، وإن وجد أحد عشر فهو له بلا خيار . قال (ومن اشترى جارية بألف درهم)

(قال المصنف : والوذارى والزنديجى على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما) أقول : الوذارى بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة : ثوب منسوب إلى وذار قرية بسمرقند ، والزنديجى : ثوب منسوب إلى زندنة قرية ببخارى ، كذا فى المغرب .

حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن الأول لا يجوز البيع الثاني (وقال الشافعي رحمه الله : يجوز لأن الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة أو بالعرض)

حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن (بمثل الثمن أو أكثر جاز ، وإن باعها من البائع بأقل لا يجوز عندنا ، وكذا لو اشترى عبده أو مكاتبه ؛ ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده . وعندهما يجوز لتباين الأملاك وكان كما لو اشتراه آخر وهو يقول كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر . ولو اشترى وكيل البائع بأقل من الثمن الأول جاز عنده خلافا لهما ، لأن تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز للمسلم أن يوكل ذميا بشراء خمر ويبيعها عنده ولكن ينتقل الملك إلى الموكل حكما فكان كما لو اشترى لنفسه فبات فورثه البائع . وعندهما عقد الوكيل كعقده . ولو اشتراه وارثه يجوز في ظاهر الرواية عنهم ، وعن أبي يوسف لا يجوز ، ولو باعه المشتري من رجل أو وهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الأسباب بلا شبهة ، وبه تختلف المسببات ، وبقولنا قال مالك وأحمد . وقيد بقوله قبل نقد الثمن لأن ما بعده يجوز بالإجماع بأقل من الثمن ، وكذا لو باعه بعرض قيمته أقل من الثمن (وقال الشافعي رحمه الله : يجوز) كيفما كان ، كما لو باعه من غير البائع بأقل من الثمن أو منه بمثل الثمن الأول أو أكثر أو بعرض قيمته أقل من الثمن بجامع قيام الملك فيه لأنه هو المطلق في الأصول التي عنها ، وتقييده بالعرض دون أن يقول كما لو باعه بخلاف جنسه وقيمه أقل ، لأنه لو باعه

من اشترى شيئا بألف درهم (حالة أو نسيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن) فالبيع الثاني فاسد خلافا للشافعي : هو يقول : الملك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه ، وصار كما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة على الثمن الأول أو بالعرض وقيمه أقل من الألف : وحاصل ذلك أن شراء ما باع لا يخلو من أوجه : إما أن يكون من المشتري بلا واسطة أو بواسطة شخص آخر . والثاني جائز بالاتفاق مطلقا : أعني سواء اشترى بالثمن الأول أو بأنقص أو بأكثر أو بالعرض . والأول إما أن يكون بأقل أو بغيره ، والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق . والأول هو المختلف فيه . فالشافعي رحمه الله جوزه قياسا على الأقسام الباقية ، وبما إذا باع من غير البائع فإنه جائز أيضا بالاتفاق ، ونحن لم نجوزه بالأثر والمعقول . أما الأثر فما قال محمد : حدثنا أبو حنيفة يرفعه إلى عائشة رضي الله عنها : أن امرأة سألتها فقالت : إني اشتريت من زيد ابن أرقم جارية بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم بعته منه بستائة درهم قبل عمل الأجل ، فقالت عائشة رضي الله عنها : بثمتا شريت . وبثمتا اشتريت ، أبلغني زيد بن أرقم أن الله أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب ، فأتاها زيد بن أرقم معتذرا ، فقلت عليه قوله تعالى - فن جاءه موعظة من ربه - فأنهى فله ما سلف - ووجه الاستدلال أنها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأجزية الأفعال لا تعلم بالرأى فكان مسموعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسدا ، وأن زيدا اعتذر إليها وهو دليل على كونه مسموعا لأن في المجتهدين كان بعضهم يخالف بعضها وما

(قوله والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق مطلقا) أقول : إلا من وارثه ، نص عليه الإثنان وغيره (قوله فقالت عائشة : بثمتا شريت) أقول : أي بثمت فإن الشراء من الأضداد .

ولنا قول عائشة رضي الله عنها: تلك المرأة وقد باعت بستائة بعد ما اشترت بثمانمائة: بثما شريت واشترت، أبلغى زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب، ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسائة وذلك بلا عوض،

بذهب قيمته أقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا استحسانا خلافا لزر، وقياسه على العرض بجامع أنه خلاف جنسه فإن الذهب جنس آخر بالنسبة إلى الدراهم. وجه الاستحسان أنهما جنس واحد من حيث كونهما ثمنا ومن حيث وجب ضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة فيبطل البيع احتياطا وأزيم أن اعتبارهما جنسا واحدا يوجب التفاضل بينهما احتياطا. والجواب أنه مقتضى الوجه ذلك ولكن في التفاضل عند بيع أحدهما بعين الآخر لإجماع (ولنا قول عائشة) إلى آخر ما نقله المصنف عن عائشة ينفي أن المرأة هي التي باعت زيدا بعد أن اشترت منه وحصل له الربح، لأن شريت معناه باعت، قال تعالى - وشروه بثمن بخس - أي باعوه، وهو رواية أبي حنيفة؛ فإنه روى في مسنده عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأة أبي السفر «أن امرأة قتلت لعائشة رضي الله عنها: إن زيد بن أرقم باعني جارية بثمانمائة درهم ثم اشتراها مني بستائة»، فقالت: أبلغني عنى أن الله أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب». ففي هذا أن الذي باع زيد ثم استرد وحصل الربح له، ولكن رواية غير أبي حنيفة من أئمة الحديث عكسه. روى الإمام أحمد بن حنبل: حدثنا محمد بن جعفر، حدثنا شعبة عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأة أنها دخلت على عائشة هي وأم ولد زيد بن أرقم، فقالت أم ولد زيد لعائشة: إني باعت من زيد غلاما بثمانمائة درهم نسيئة واشتريته بستائة نقدا، فقالت: أبلغني زيدا أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن تتوب، بثس ما اشترت وبثس ما شريت. وهذا فيه أن الذي حصل له الربح هي المرأة. قال ابن

كان أحدهما يعتذر إلى صاحبه. وفيه بحث لجواز أن يقال: إلحاق الوعيد لكون البيع إلى العطاء وهو أجل مجهول. والجواب أنه ثبت من مذهبا جواز البيع إلى العطاء وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون كذلك، ولأنها كرهت العقد الثاني حيث قالت: بثس ما شريت مع عرائه عن هذا المعنى، فلا يكون لذلك بل لأنهما تطرقا به إلى الثاني. فإن قيل: القبض غير مذكور في الحديث فيمكن أن يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه. أجيب بأن تلاوتها آية الربا دليل على أنه للربا لا لعدم القبض. فإن قيل: الوعيد قد لا يستازم الفساد كما في تفريق الولد عن الوالد بالبيع فإنه جائز مع وجود الوعيد. أجيب بأن الوعيد ليس للبيع ثمة بل لنفس التفريق، حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا. وأما الثاني فهو ما قال إن الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض، فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقي له فضل خمسائة بلا عوض وهو ربا فلا يجوز بخلاف ما إذا باعه من غيره لأن الربح لا يحصل للبائع، وبخلاف ما إذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لأنه لم يعد إليه المستفاد من جهته لأن اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان، وبخلاف ما إذا اشترى بالثمن الأول لعدم الربا، وبخلاف ما إذا اشترى بأكثر فإن الربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه، وبخلاف ما إذا باع بالعروض لأن الفضل إنما يظهر عند الحانسة، وبخلاف ما إذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الأول لأن نقصان يحصل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري، وبخلاف ما إذا اشترى بدنانير قيمتها أقل من

(قال المصنف: إن الله تعالى أبطل حججه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم) أقول: هذا على سبيل التوبيخ والتهديد. (قوله فلا يكون لذلك بل لأنهما تطرقا به) أقول: قوله فلا يكون: أي الوعيد قوله لذلك: أي لكون البيع إلى العطاء، قوله تطرقا به: أي بالبيع إلى العطاء (قوله دليل على أنه للربا لا لعدم القبض) أقول: فيه بحث.

بمخلاف ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة .

عبد الهادي في التنقيح : هذا إسناد جيد وإن كان الشافعي قال لا يثبت مثله عن عائشة . وقول الدارقطني في العالية هي مجهولة لا يحتج بها فيه نظر ، فقد خالفه غير واحد ، ولولا أن عند أم المؤمنين علما من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن هذا مجرم لم تستجز أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد . وقول غيره : هذا مما لا يدرك بالرأى . والمراد بالعالية امرأة أبي إسحاق السبيعي التي ذكر أنها دخلت مع أم الولد على عائشة . قال ابن الجوزي : قالوا : إن العالية امرأة مجهولة لا يحتج بنقل خبرها . قلنا هي امرأة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال : العالية بنت أنفع بن شراحيل امرأة أبي إسحاق السبيعي سمعت من عائشة . وقولها بثس ما شريت : أي بعت ، قال تعالى - وشروه بثمن بخس - أي باعوه ، وإنما ذمت العقد الأول لأنه وسيلة وذمت الثاني لأن مقصود الفساد . وروى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال : أخبرنا معمر والثوري عن أبي إسحاق عن امرأة أنها دخلت على عائشة في نسوة فسألها امرأة فقالت : كانت لي جارية فبيعها من زيد بن أرقم بثمانمائة إلى العطاء ثم ابتعتها منه بستائة فتقدمته الستائة وكتب لي عليه ثمانمائة فقالت عائشة : إلى قولها إلا أن تتوب ، وزاد : فقالت المرأة لعائشة : أرايت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل ؟ فقالت - فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف - . لا يقال : إن قول عائشة وردها بلهالة الأجل وهو البيع إلى العطاء ، فإن عائشة كانت ترى جواز الأجل إلى العطاء . ذكره في الأسرار وغيره . والذي عقل من معنى النهي أنه استريح ما ليس في ضمانه . ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن ، وهذا لأن الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض ، فإذا عاد إليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهو ربح حصل لأعلى ضمانه من جهة من باعه ، وهذا لا يوجد فيما إذا اشتراه بثمن أو أكثر فبطل إلحاق الشافعي بذلك ، بمخلاف ما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه لأن اختلاف الأسباب يوجب اختلاف الأعيان حكما ، وكذا لو دخل في المبيع عيب فاشتراه البائع بأقل لأن الملك لم يعد إليه بالصفة التي خرج فلا يتحقق ربح مالم يضمن ، بل يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه ، حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر في العقود لأنه فتور في رغبات الناس فيه وليس من ذوات جزء من العين ، ولذلك إذا اشتراه بخمس آخر غير الثمن جاز لأن الربح لا يتحقق عينه مع اختلاف الجنس ، لأن الفضل إنما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقب ذلك بمخلافه بخمس الثمن الأول لظهوره بلا تقويم ، وقد أورد عليه تجويز كون إنكار عائشة لوقوع البيع الثاني قبل قبض المبيع إذ القبض لم يذكر في الحديث . قلنا : لا يصح هذا لأنها ذمته لأجل الربا بقريئة تلاوة آية الربا ، وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا . ولا يخفى ضعف هذا الجواب لأن تلاوة الآية ظاهر في كونها لاشتمالها على قبول التوبة جوابا لقول المرأة : أرايت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل ، كان هذا مع التوبة ، فتلأت آية ظاهرة في قبول التوبة وإن كان سوقها في القرآن في الربا . وأورد عليه طلب الفرق بين النهي عن بيع الولد الكائن مع أمه مفردا لم يوجب الفساد فلم أوجبه هذا النهي . أجيب بأن النهي إذا كان لأمر يرجع إلى نفس البيع أوجبه ، وإن كان لأمر خارج لا ، والنهي فيما ذكر للتفريق للنفس البيع ، حتى لو فرق بينهما بغير البيع أثم فيكره البيع في نفسه كالباع وقت النداء ، وهنا

الثمن الأول قياسا ، وهو قول زفر لأن ربا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير ، وفي الاستحسان لا يجوز لأحدهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربح .

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الأخرى) لأنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للأخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ، ولم يوجد هذا المعنى في صاحبها ولا يشيع الفساد لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه

هو لشبهة الربا وهو مخصوص بالبيع ولشبهة الربا حكم حقيقته (قوله ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع) بخمسمائة (قبل نقد الثمن فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الأخرى) وهذا فرع المسئلة السابقة . وهي أن شراء ما باع من المشتري بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز (و) وجهه (أنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للأخرى) والتي باعها (بأقل مما باع وهو فاسد عندنا . ولم يوجد هذا المعنى في صاحبها) وهي التي ضمت إليها . وأورد عليه أن علة الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كان

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة) هذه من فروع المسئلة المتقدمة لأنها مبنية على شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ، ولهذا لم يميز البيع في التي اشتراها من البائع ، وبيانه ما قال لأنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا لأخرى بأقل مما باع ، وقد تقدم فساد . ونوقض بما إذا باعها بألف وخمسمائة فإن البيع فاسد . ذكرها في جامعها العلمان في الإتيان شمس الأئمة وفخر الإسلام ، ولو كان الفساد في المسئلة الموضوع في الكتاب كما ذكرتم لما فسد البيع لأن عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة فلا يجرى فيه الأصل المذكور . وأجيب بأن الفساد لتعدد جهات الجواز . وبيانه أننا لو جعلناه بإزاء ما باعها ألفا جاز ، وإن جعلنا ألفا وجبة جاز وهم جرا ، وليس البعض بالحمل عليه أولى من بعض فامتنع الجواز ، وفيه نظر لأن إضافة الفساد إلى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا تكون صحيحة ، على أنه معارض بأن تجعل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائة ومائتين وثلاثمائة أو أقل أو أكثر فتتعدد جهات الجواز . وليس البعض أولى ، وبأن كل جهة تصلح أن تكون علة للجواز . فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز مربحة عليها ترجيحاً بكثرة الأدلة وهو لا يجوز على ما عرف . والأولى أن يقال : جهات الجواز تقتضيه جهات الفساد تقتضيه ، والترجيح هنا للمفسد ترجيحاً للمحرم ، ولا يسرى الفساد منها إلى غير المشتراة لأن الفساد ضعيف فيها لأمر : إما لأنه مجتهد فيه بخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر ؛ أما أولاً فلائذ كونه مجتهدا فيه إن كان لخلاف الشافعي فلا يكاد يصحح لأن خلاف الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف توضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد ، ولأن أبا حنيفة رحمه الله أبطل إسلام القوهية في القوهية والمروية مع أن فساد العقد بسبب الخنسية مجتهد فيه ، فإنه لو أسلم قوهيا في قوهي جاز عند الشافعي ، ومع ذلك تعدى فساد ذلك إلى المقرون به وهو إسلام القوهي في المروي ؛ وإما لأن الفساد في المشتراة باعتبار شبهة الربا ، فلو اعتبرناها في التي ضمت إليها كان ذلك اعتباراً لشبهة الشبهة وهي غير معتبرة ، وبيانه أن في المشتراة شبهة الربا أن في المسئلة الأولى إنما لم يصح شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربا ، لأن الألف وإن وجب للبائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيباً فيزدها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبائع الثاني يقع الأمن عنه فيصير البائع بالعقد

(قوله وبيانه أننا لو جعلناه بإزاء ما باعها) أقول : أنت الضمير الراجع إلى الموصول باعتبار كونه عبارة عن الجارية (قوله والأولى أن يقال : جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه) أقول : فيه بحث . ثم اعلم أن الضمير الأول في قوله تقتضيه راجع إلى الجواز ، والضمير الثاني في تقتضيه راجع إلى الفساد (قوله وفيه نظر ، أما أولاً فلائذ كونه مجتهدا فيه الخ) أقول : يجوز أن يقال المراد من قوله مجتهدا فيه أنه محل للاجتهاد قابل له ، وقوله بخلاف الشافعي دليل على ذلك ، فإنه لو لم يكن محلاً للاجتهاد لم يخالف الشافعي به فليتدبر قوله ومع ذلك تعدى فساد ذلك الخ) أقول : وأجيب بأن السلم مبنء على المضايقة فلذلك اعتبر فيه شروط ولم تعتبر في مطلق البيع فيسلم

أو لأنه باعتبار شبهة الربا ، أو لأنه طارئ لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسرى إلى غيرها :

إصابة حصتها إياها أقل من خمسمائة المستلزم لشراؤها بأقل مما باعها به لزم أن لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمسمائة لو باعها وأخرى معها بألف وخمسمائة ، لأن عند تقسيم الثمن عليهما يصيب كلا منهما أكثر من خمسمائة فليس فيه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ، لكن ذكروا أنه أيضا فاسد . أجيب بأن الفساد في هذا لمعنى آخر وهو تكثر جهات الجواز ، وليس البعض في الحمل عليه بأولى من البعض فامتنع الجواز ، بخلاف الأكرار وأمثالها حيث يتحرى الجواز فيها لتعيين جهة الجواز على ما يجيء في كتاب الصرف ، وهذا لو صح لزم أن يتمتع بثبوت موجب له موجبات تثبت له دفعة فيمتنع تعدد العلل لأنه يقال فيها مثل ذلك ثم لا يشيع الفساد في الجاريتين ؛ وما أشبع قول قائل إذا كثرت جهات الحل بلامعارض يحرم . والحق أن بينهما فرقا ، فإن هناك الموجبات متحققة وهنا المجوز موقوف على الاعتبار ، فإذا اعتبر واحد أمكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر إلا وكادة ، فإن الآخر قبل الاعتبار لا وجود له ، ومع ذلك لم يعمل المجوز الذي وجد وتحقق بتحقيق الاعتبار فليتأمل ؛ وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل إلى وجه ذكر أنه الوجه ، وهو أن من الممكنات أن يعتبر في مقابلة الجارية الأولى من الألف وخمسمائة أقل من خمسمائة واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد ، وليس هذا من المذهب في شيء ، بل إذا اجتماعا فيه اعتبر وجه الصحة تصحيحا كما سيأتى في بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيز حنطة وشعير حيث يصح ويتحرى للجواز اعتبارا لتصحيح تصرف المسلم . ولا إشكال فيه على قولهما بل على قوله لأن مذهب أبي حنيفة أن البيع إذا فسد بعضه فسد كله إذا كان الفساد مقارنا ، فدفعه المصنف بوجوه : أولا أن الفساد فيما بيعت أولا ضعيف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرنا من مذهب الشافعي فلم يسر للأخرى كما إذا اشترى عبدان فإذا أحدهما مدبر لا يفسد في الآخر كذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد . واستشكل بما لو أسلم قوهيا في قوهي ومروى فإنه باطل في الكل عنده ، وعندهما يضح في المروى ؛ كما لو أسلم حنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل ، وعندهما يضح في حصة الزيت مع أن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه ، فإن إسلام هروى في هروى جائز عند الشافعي ، ولا مخلص منه إلا بتغيير تعليل تعدى الفساد بقوة الفساد بالإجماع عليه إلى تعليله بأنه يجعل الشرط الفاسد في أحدهما ، وهو شرط قبول العقد في المروى شرطا لقبوله في المروى ، فيفسد في المروى بالشرط الفاسد

الثاني مشريا ألفا بخمسمائة من هذا الوجه ، والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربا ، وإما لأن الفساد طارئ لوجهين : أحدهما أنه قابل الثمن بالجاريين وهي مقابلة صحيحة ، إذ لم يشترط فيها أن يكون بإزاء ما باعه أقل من الثمن الأول ، لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بإزاء ما باع والبعض بإزاء ما لم يبيع ففسد البيع فيما باع ، ولا شك في كونه طارئا فلا يتعدى إلى الأخرى . ولا يشكل بما إذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما صفقة واحدة فإن الفساد مقارن لأن قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخر ، والعقد جائز في العبد لأن شمس الأئمة قد قال البيع في المدبر غير فاسد ، ولهذا لو أجاز القاضي بيعه جاز ، ولكنه غير نافذ لحق المدبر وذلك لمعنى فيه لا في العقد فهذا لا يتعدى إلى الآخر . والثاني المقاصة فإنه لما باعها بألف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة فتقاصا بخمسمائة بخمسمائة مثلها بقي للبائع خمسمائة أخرى مع الجارية ، والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد السرية ، بخلاف ما نحن فيه . وأجاب في الكافي بجواب آخر فراجع (قوله لأن شمس الأئمة قد قال : البيع في المدبر) أقول : تعليل لقوله ولا يشكل الخ (قوله والثاني المقاصة) أقول : معطوف على قوله أحدهما أنه قابل الثمن .

قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد ، ولو اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز) لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه . قال (ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة أرطال) فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري ،

وفي المروى بالتحاد الجنس ، وكذا اعترف به شمس الأئمة بعد أن علل هو به في شرح الجامع : ثانياً أن الفساد في الأولى لشبهة الربا وسلامة الفضل للبائع الأول بلا عوض ولا ضمان يقابله وهو منتف في المضمونة ، فلو اعتبرنا تلك الشبهة في التي ضمت إلى المشتراة أولاً كان اعتباراً لشبهة الشبهة ، وهذا أحسن من تقرير قاضيخان اعتبار الشبهة بأن الألف وهو الثمن الأول على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيباً فيرده فيسقط الثمن عن المشتري ، وبالمبيع الثاني يقع الأمن عنه فيكون البائع بالعقد الثاني مشترياً ألفاً بخمسة مائة . ثالثاً أن الفساد في الأول طارئ غير مقارن . وله وجهان : أحدهما أنهما لم يذكر في العقد ما يوجب فساداً فإنه قابل الثمن بالجاريين وهذه المقابلة صحيحة ، ولكن بعد ذلك ينقطع الثمن على قيمتهما فيصير البعض بإزاء ما لم يبيع فحينئذ يفسد البيع فيما باعه : وهذا فساد طرأ الآن لأن الانقسام بعد وجوب الثمن أي بعد وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فلا يتعدى إلى الأخرى والآخر بسبب المقاصة ، فإن المقاصة تقع بين الثمن الأول والثمن الثاني فيبقى من الثمن الأول فضل بلا عوض ، وذلك لأن البائع الأول لما باعها بألف ثم اشتراها بخمسة مائة قبل النقد فتقاصا الخمسة مائة بخمسة مائة مثلاً فيبقى للبائع من الثمن الأول فضل خمسة مائة أخرى مع الجارية ، والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها فهو طارئ فلا يظهر في الأخرى ، كمن باع عبيدين صفقة وبين ثمن كل ثم ألحقا في ثمن أحدهما أجلاً هو وقت الحصاد فسد البيع فيه ولا يتعدى إلى الآخر فكذا ما نحن فيه : وأورد ينبغي أن يفسد العقد في الآخر لمعنى آخر وهو أنه جعل قبول العقد فيما لا يصبغ وهو ما باعه أولاً شرطاً لقبوله في الآخر . قلنا : قبول العقد فيه ليس شرطاً فاسداً : ألا يرى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن الأول أو خلاف جنسه كان صحيحاً ، وإنما الفساد لأجل الربح الحاصل لا على ضمانه ، وهذا يقتصر على العبد الذي باعه ولا يتعدى إلى العقد الثاني . وفي المبسوط : لو اشتراه البائع مع رجل آخر جاز من الأجنبية في نصفه . ولو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشتراها منه بأقل ، إن كانت الولادة نقصاً جاز كما لو دخلها عيب عند المشتري ثم اشتراها منه بأقل ، وإن لم تنقصها لا يجوز لأنه يحصل به ربح لا على ضمانه (قوله ومن اشترى زيتا في ظرف) صورتها في الجامع : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أنه يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد ، وإن كان قال على أن تطرح عنى وزن الظرف فهو جائز ، لأنه شرط يقتضيه العقد وهو شرط أن يتعرف قدر المبيع من غيره

الثاني فيفسد عندها وذلك لأشكك في طرده فلا يسرى إلى غيرها . قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه الخ) اشترى زيتا على أن يزنه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد : فإنه شرط مالا يقتضيه العقد ، فإن مقتضاه أن يطرح عنه دون الظرف ما يوجد وعسى يكون وزنه أقل من ذلك أو أكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه ، وإن اشترى على أن يزن ويطرح عنه بوزن الظرف جاز لكونه موافقاً لمقتضاه . قال (ومن اشترى سمنا في زق الخ) ومن اشترى سمنا في زق ورد الظرف فوزن فجاء عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري ، لأن هذا الاختلاف إما أن يعتبر في تعيين الزق المقبوض أو في مقدار

(قال المصنف : ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف) أقول : ذكره استرادي ، فإنه ليس من مسائل البيع الفاسد .

لأنه إن اعتبر اختلافًا في تعيين الزرق المقبوض فالقول قول القابض ضمينًا كان أو أمينًا ، وإن اعتبر اختلافًا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لأنه ينكر الزيادة . قال (وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو شرائها ففعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال لا يجوز : على المسلم) وعلى هذا الخلاف الخنزير ، وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده .

ليخص بالثمن ، بخلاف قوله على أن تزنه فتطرح عنه لكل ظرف عشرة أروطال أو خمسين فإن البيع حينئذ فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين ، لأن زنة الظرف قد تكون أقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك المبيع وهو نفع للمشتري ، وقد تكون أكثر منها فيكون البيع بشرط إعطاء الثمن لافي مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع ، والمسئلة بعدها فرع عليها . وهو ما في الجامع : رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزرق كل رطل بنزهم فوزنه له يزقه فبلغ مائة وقبضه المشتري فقال وجبت السمن تسعين رطلا والزرق هذا وزنه خمسة أروطال فالقول قول المشتري مع يمينه إلا أن يقيم البائع البينة (لأن هذا) الاختلاف (إن اعتبر اختلافًا راجعًا إلى تعيين الزرق المقبوض فالقول قول القابض ضمينًا كان) كالغاصب (أو أمينًا) كالمدع ، ولأن البائع يدعي عليه زقا آخر والمشتري ينكر الزيادة ، وإن اختلفا في قدر السمن المقبوض فرجعه خلاف في قدر الثمن (فالقول قول المشتري لأنه ينكر الزيادة) واستشكل بمسئلتين : إحداهما ما إذا باع عبيدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يرده بعيب فاختلفا في قيمة المبت فالقول للبائع كما سيأتى في باب التحالف . والثانية أن الاختلاف في الثمن يوجب التحالف ، وهنا جعل القول للمشتري على تقدير اعتباره اختلافًا في الثمن . أجيب عن الأول بأنها مع هذه طرد ، فإن كون القول للمشتري لإنكاره الزيادة وهناك إنما كان للبائع لإنكاره الزيادة . وعن الثاني بأن التحالف على خلاف القياس فيها عند ورود الاختلاف في الثمن قصدا ، وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزرق المقبوض أهو هذا أو لا فلا يوجب التحالف (قوله وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو خنزير أو شرائها ففعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) حتى يدخل الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب أن يخلل الخمر أو يريقها ويسيب الخنزير هذا في الشراء ، وفيما إذا كان التوكيل بالبيع بأن كان في ملك المسلم خمر أو خنزير . وصورته أن يكون كافرا فيسلم عليهما ويموت قبل أن يزلهما وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافرا ببيعهما فعليه أن يتصدق بهنهما لتمكين الخبث فيه ، قال صلى الله عليه وسلم « إن الذي حرّمها حرم بيعها وأكل ثمنها » وقال أبو يوسف وعمر ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى : لا يصح هذا التوكيل . وحاصل الوجه من جانبهم إثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل ، ومن جانبه عدم المانع بالقدح في مانعية ما جعلوه مانعا فيبقى الجواز على الأصل .

السمن ، فإن كان الأول فالمشتري قابض (والقول قول القابض ضمينًا) كان كالغاصب (أو أمينًا) كالمدع ، وإن كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن (فيكون القول للمشتري لأنه ينكر الزيادة) والقول قول المنكر مع يمينه . فإن قيل : الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول إلى الحلف ؟ أجيب بأنه يوجب إذا كان قصدا وهذا ضمنى لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزرق . والفقه فيه أن الاختلاف الابتدائي في الثمن إنما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما مدع عقدا آخر ، وأما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزرق فلا يوجب اختلافهما في العقد فلا يوجب . قال (وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو شرائها ففعل جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما) وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف قالا : الموكل لا يلي هذا التصرف

لهما أن الموكل لا يليه فلا يولييه غيره ، ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز :
ولأن حنيقة رحمه الله أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الأمر أمر حكيم فلا يمتنع بسبب
الإسلام كما إذا ورثهما ، ثم إن كان خرا يخللها وإن كان خنزيرا يسيبه :

لم أن الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك تولية غيره فيه ، وهذا معنى قول المصنف (الموكل لا يليه غيره لا يولييه) بنصب
غيره لأنه مفعول مقدم ليولييه ، كما أنه لما لم يملك تزويج المحبوسية لا يملك توكيل غيره بتزويجه إياها (ولأن ما يثبت
للكيل) من الملك (ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشر) الشراء أو البيع (بنفسه فلا يجوز . ولأن حنيقة أن الوكيل)
في البيع (يتصرف بأهلية نفسه) لنفسه حتى لا يلزمه أن يضيف العقد إلى موكله وترجع حقوق العقد إليه حتى
يطلب بالثمن ويرد بالعيب عليه وهو أهل لبيع الخمر وشراؤها شرعا فلا مانع شرعا من توكله ، والمسلم الموكل أهل
لأن يثبت له ما يثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت الملك الجبري له فيها فانقضى المانع الشرعي
والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة بمسائل : منها أن الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك شراءه
لنفسه ويملك التوكيل بشرائه لنفسه . ومنها أن القاضي لا يملك بيع خمر أو خنزير خلفه ذي ويرجع أمره إلى القاضي
ويملك توكيله به ، وكذا الوصي المسلم للذي لا يملك بيع خمره ويملك التوكيل به ، والمريض مرض الموت لا يملك
البيع بما يتغابن في مثله إذا كان عليه ديون مستغرقة ، ويجوز من وصيه بعد موته . وكذا لا يبيع الأم عرض الولد
ووصيها يبيعه إذا لم يكن من ميراثها . فإن قيل : إن قلت إن تملك المسلم لها يثبت جبرا عن سبب جبري كالموت
سلعناه أو عن سبب اختياري منعناه ، وهنا كذلك إذ التوكيل إختياري والملك مترتب عليه إذ لا وجود له في
الشرع . قلنا : نختار الثاني ونمنع أن التوكيل سبب للملك بل الشراء ، وإنما هو اختياري للوكيل لا الموكل وليست
الوكالة سببا له بل شرط ، وإنما سببه اختيار الوكيل واختياره ليس لازما للوكالة ولا مسببا عنها إذ لا يلزمه الشراء

فلا يولي غيره كتوكيل المسلم محبوسا بتزويج محبوسية ، ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره
بنفسه ، ولو باشره بنفسه لم يجوز فكذا التوكيل به ، وقال أبو حنيفة : المعتبر في هذا الباب أهليتان : أهلية الوكيل
وأهلية الموكل ، فالأولى أهلية العاقد وهي أهلية التصرف في الأمور به وللنصراني ذلك ، والثانية أهلية ثبوت الحكم
له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم ؛ ألا ترى إلى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم إرثا
إذا أسلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير . لا يقال : الورثة أمر جبري والتوكيل اختياري فأني يتشابهان ، لأن
ثبوت الحكم : أعني الملك للموكل بعد تحقق العلة : أعني مباشرة الوكيل جبري كذلك تثبت بكون اختياره كما
في الموت ؛ ألا ترى أن المأذون له النصراني إذا اشترى خرا يثبت الملك فيها لمولاه المسلم بالاتفاق ، وإذا ثبتت
الأهليتان لم يمتنع العقد بسبب الإسلام لأنه جالب لاسالب ، ثم الموكل به إن كان خرا يخللها ، وإن كان خنزيرا
سيبه ، لكن قالوا : هذه الوكالة مكروهة أشد كراهة ، وقولهما الموكل لا يليه فلا يولييه غيره منقوض بالوكيل
بشراء عبد بعينه إذا وكل آخر بشرائه لنفسه فإنه يثبت للملك للوكيل الأول وهو بنفسه لا يلي الشراء لنفسه وبالقاضي
إذا أمر ذميا ببيع خمر أو خنزير خلفه ذي آخر وهو لا يلي التصرف بنفسه ، وبالذي إذا أوصى لمسلم وقد تركهما فلأن
الوصي يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه . والقياس على تزويج المحبوس مدفوع ، فإن حقوق

(قال المصنف : كما إذا ورثهما) أقول : وصورة إرثهما بأن كانا لذي فأسلم فات قبل التخليط والتسيب فورثهما الوارث (قوله لا يقال
لأن ثبوت الحكم) أقول : لأن ثبوت الحكم الخ جواب لقوله لا يقال الورثة الخ .

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد) لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط .

بقى أن يقال: إذا كان حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن وفي الشراء أن يسبب الخنزير ويريق الخمر أو يخلها بقي تصرفا غير معقب لفائدته ، وكل ما هو كذلك ليس بمشروع . وقد روى عن أبي حنيفة أن هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس إلا كراهة التحريم فأى فائدة في الصحة (قوله ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط) قال للطبراني في معجمه الوسيط: حدثنا عبد الله بن أيوب المقرئ، حدثنا محمد بن سليمان الذهلي، حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال: قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة ، فسألت أبا حنيفة عن رجل باع يعبا وشرط شرطا فقال: البيع باطل والشرط باطل ، ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألت فقال: البيع جائز والشرط باطل ، ثم أتيت ابن شبرمة فسألت فقال: البيع جائز والشرط باطل ، ثم أتيت ابن شبرمة فسألت فقال: البيع جائز والشرط جائز ، فقلت: يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة ؟ فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال: لا أدري ما قالا . حدثني عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه نهى عن بيع وشرط» البيع باطل والشرط باطل . ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال: ما أدري ما قالا . حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت: «أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أشتري بريرة فأعتقتها» البيع جائز والشرط باطل . ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال: ما أدري ما قالا . حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رضي الله عنه قال: «بعت من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لي حملها إلى المدينة» البيع جائز والشرط جائز . وكذا رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث . ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في أحكامه وسكت عليه ؛ وقد ظهر من هذا أن في المسئلة ثلاثة مذاهب مستدل عليها فلا بد من النظر فيها . فأما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل إلا التخصيص فحمله الشافعي رحمه الله عليه ، واستثنى من منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بحديث بريرة ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم ما رد في حديثها إلا الولاء . وذكر الأقطع أنها رواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه ، وحديثها في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت «جاءتني بريرة فقالت: كاتب أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعنيني ، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها ، فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت: إني عرضت عليهم ذلك فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم ، فأخبرت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: نكحها واشترط لها الولاء ، فإن الولاء لمن أعتق ، ففعلت عائشة» الحديث . وفيه دليل على جواز بيع المكاتب إذا رضي بالبيع ، وفيه إبطال قول من منع

العقد في النكاح ترجع إلى الموكل والوكيل سفير لا غير . قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري) شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر أصلا جامعا لغرض أصحابنا . وتقديره أن الشرط ينقسم أولا إلى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن أو المبيع ، وإلى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك ، وهذا ينقسم إلى ما كان متعارفا وإلى ما ليس كذلك ، وهذا ينقسم إلى ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين وإلى ما ليس فيه ذلك ، وهذا ينقسم إلى ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق وإلى ما هو بخلافه . ففي القسم الأول جاز البيع والشرط يزيده وكادة . لا يقال: نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن

ثم جملة المذهب فيه أن يقال : كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط ، وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدى إلى الربا ، أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده إلا أن يكون متعارفاً لأن العرف قاض على القياس ، ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده

بيعه . وقال : إنما اشترطت عائشة الولاء بسبب ما وقع في بعض الروايات وهو : إن أحبوا أن أقضى عنك كتابتك ، وذلك لأنه صلى الله عليه وسلم قل « إنما الولاء لمن أعتق » ورد اشتراطهم الولاء لأنفسهم والعق من عائشة رضى الله عنها ، وهذا لا خلاف فيه . وأما قوله قائل : إن الشرط إذا كان أمراً لا يحل شرعاً مثل أن يشترط أن لا يقع عتقك إذا أعتقتك ، يظل هو دون البيع فإنه لغو لا يمكن المشروط عليه أن يذله فيتم البيع كأنه لم يذكر إذا كان خارجاً عن طاقة من شرط عليه أمكن ويكون أصل هذا حديث بريء . وأما الحنفية فإنما لم ينصوه به لأن العام عندهم يعارض الخاص ويطلب معه أسباب الترجيح ، والمرجح هنا للعام وهو نهيه عن بيع وشرط وهو كونه مانعاً . وحديث بريء مبيح فيحمل على ما قبل النهي لأن القاعدة الأصولية أن مافيه الإباحة منسوخ بما فيه النهي . وأما حديث جابر الذي استدلل به ابن شبرمة فلشرط وهو استثناء حملانه لم يقع في صلب العقد ، كما قاله الشافعي رحمه الله ، ونحن كذلك نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم العام . فإن قلت : كيف قال الشافعي بفساد البيع بالشرط مع أن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قبيل المرسل عند كثير من أهل الحديث ؟ قلت : ذلك إذا لم يصرح فيه بجدة أبيه عبد الله بن عمرو بن العاص ، وقد ورد عنه التصريح به فيما أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح مالم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك » ولهذا قال الترمذي : حديث حسن صحيح . وروى هذا أيضاً من حديث حكيم بن حزام في موطأ مالك بلاغا . وأخرجه الطبراني من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال : « نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع خصال في البيع : عن سلف وبيع ، وشرطين في بيع ، وبيع ما ليس عندك ، وربح مالم يضمن » . ومعنى السلف في البيع : البيع بشرط أن يفرضه دهرهم وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين وغير ذلك مما سيأتى (قوله ثم جملة الأمر فيه) أى في الشرط (أنه إما أن يقتضيه العقد) كشرط أن يحبس المبيع إلى قبض الثمن ونحوه فيجوز لأنه مؤكد لموجب العقد أو لا يقتضيه ، لكن

بيع وشرط وهو بإطلاقه يقتضى عدم جوازه لأنه في الحقيقة ليس بشرط حيث أفاد ما أفاده العقد المطلق ، وفي الأول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفاً كبيع النعل مع شرط التشريك كذلك ، لأن الثابت بالعرف قاض على القياس . لا يقال : فساد البيع شرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه ، لأنه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث ، فلم يبق من الموانع إلا القياس على ما لا عرف فيه بجامع كونه شرطاً ، والعرف قاض عليه ، وفيها إذا لم يكن متعارفاً وفيه منفعة لأحد المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسداً لوجهين لأن فيه زيادة عارية عن العوض ، لأنهما لما

(قوله لأنه في الحقيقة الخ) أقول : جواب لقوله لا يقال نهى النبي عليه الصلاة والسلام (قوله لأنه معلول الخ) أقول : جواب لقوله لا يقال فساد البيع (قوله بجامع كونه شرطاً) أقول : مقضياً إلى الزيادة العارية عن العوض ، وفيه بحث .

وهو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة

ثبت تصحيحه شرعا بما لا مرد له. كشرط الأجل في الثمن والتمن في السلم وشرط في الخيار فكذلك هو صحيح للإجماع على ثبوته شرعا رخصة أو لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشراء نعل على أن يحذوها البائع أو يتركها فهو جائز أيضا لما سأتى ، وكذا إذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر ، وقبل الكفالة ، أو بأن يرهته به رهنا معلوما بالإشارة أو التسمية فهو جائز أيضا على الصحيح خلافا لزمفر . فإن حاصله التوثق للثمن فيكون كشرط الجردة فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضرا فعرضه وقبل قبل أن يفرقا جاز ، فلو بعده أو كان حاضرا فلم يقبل لم يجوز ولو لم يكن الرهن مسمى ولا مشارا إليه لا يجوز بالاتفاق ، لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف إلى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد ، بخلاف الرهن لا يشترط حضرته ، لكن ما لم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وإن انعقد عقد الرهن بذلك الكلام ، فإن سلم مضى العقد على ما عقدا ، وإن امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن ، فإن لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع في الفسخ ، وشرط الحوالة كالكفالة ، ولو كان الشرط مما لا يقتضيه وليس مما ذكرنا ، فأما ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو المعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق ، كأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يتركها في داره شهرا أو ثوبا على أن يخطه فالبيع فاسد ، وكذا شرط أن لا يبيع المشتري العبد لأنه يعجبه أن لا يتداوله الأيدي ، وكذا على أن لا يخرج من مكة مثلا . وفي الخلاصة : اشترى عبدا على أن يبيعه جاز وعلى أن يبيعه من ذلان لا يجوز : أى لا يجوز للبائع أن يشترط عليه البيع من فلان لأن للمبيع منفعة ولها مطالب من جهة العباد وهو العبد لأن له طالبا ، وكذا إذا كانت المنفعة لغیر العاقدین . ومنه إذا باع ساحة على أن يبنى بها مسجدا أو طعما على أن يتصدق به فهو فاسد . أما لو كان المبيع ثوبا أو حيوانا غير آدمي فقد خرج الجواز مما ذكرنا في المزارعة من أن أحد المزارعين إذا شرط في المزارعة أن لا يبيع الآخر نصيبه أو يهبه أن المزارعة جائزة والشرط باطل ، لأنه ليس لأحد العاملين فيه منفعة ، وكذا ذكر الحسن في المجرد . قال المصنف (وهو الظاهر من المذهب) لأنه إذا لم يكن من أجل الاستحقاق

قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا للشرط عن العوض وهو الربا . لا يقال : لا تطلق الزيادة إلا على المجانس للمزيد عليه والمشروط منفعة فكيف يكون ربا لأنه مال جاز أخذ العوض عليه ولم يعوض عنه بشيء فكان ربا ، ولأنه يقع بسببه المنازعة في مقصوده فيعبرى العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف في بيان أسباب الشرائع وفيما إذا كان فيه منفعة للمعقود عليه كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع ، فإن العبد يعجبه أن لا يتداوله الأيدي وتام العقد بالمعقود عليه ، حتى أو زعم أنه حر كان البيع باطلا فاشترط منفعة كاشترط منفعة أحد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين ، وفيما إذا لم يكن فيه منفعة لأحد فالبيع صحيح والشرط باطل ، كشرط أن لا يبيع الدابة المبيعة لأنه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة ، فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب . وفي رواية عن أبي يوسف أنه يبطل البيع به ، نص عليه في آخر المزارعة لتضرر المشتري به من حيث أنه يتعذر عليه التصرف في ملكه ، والشرط الذى فيه ضرر كالشرط الذى فيه منفعة لأحد المتعاقدين . والجواب أن المتعبر المطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر . وإذا ثبت هذا ظهر أن بيع العبد بشرط أن يعتقه المشتري أو يدبره

(قوله لأنه مال) أقول : جواب لقوله لا يقال لا تطلق الخ . وقوله مال : أى في حكم المال .

لأنه انعدمت المطالبة فلا يؤدي إلى الربا، ولا إلى المنازعة. إذا ثبت هذا فنقول: إن هذه الشروط لا يقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخيير لا الإلزام حتماً، والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه، والشافعي رحمه الله وإن كان يخالفنا في العتق وقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه، وتفسير المبيع نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه.

(انعدمت المطالبة) والمنازعة (فلا يؤدي إلى الربا) وما أبطل الشرط الذي فيه المنفعة البيع إلا لأنه يؤدي إليه لأنه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو معنى الربا. ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشتري أو يكتبه أو يدبره، والشافعي يخالفنا في شرط العتق في أحد قوليه فيصححه. ثم إن أعتقه المشتري فذاك وإلا خير البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض أصحابه، وفي قول آخرين يجبر. قال المصنف (ويقيسه) للشافعي (على بيع العبد نسمة) ثم فسره (بأن يبيعه ممن يعلم أنه يعتقه لأن يشترط فيه ذلك) وعلى تفسير المصنف هذا تتحقق صورة القياس. وأما على تفسيره بأن يباع بشرط عتقه فلا يصح لأنه نفس المقياس عليه إلا أن قوله لا أن يشترط فيه يفهم من قوته أن تفسيره بما ذكر مخالف لتفسير الشافعي بذلك فنفاه، وحينئذ يقوى الاعتراض عليه بأنه حينئذ لا قياس. قال (والحجة عليه ما ذكرناه) يعني من الحديث والمعنى، وأنت علمت أنه يرجع إلى تخصيص العام بالخاص

أو يكتبه أو أمة على أن يستولدها المشتري فاسد لأنها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه، لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخيير لا الإلزام، والشرط يقتضي الإلزام حتماً، والمنافاة بينهما ظاهرة وليس أحدهما من العقد والشرط أولى بالعمل من الآخر فعملنا بهما. وقمنا إنه فاسد والقاسم ما يكون مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه؛ فبالنظر إلى وجود ركن العقد كان مشروعاً، وبالنظر إلى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسداً. ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي إلا في البيع بشرط العتق في قول فإنه يجوز به وقيسه على بيع العبد نسمة، وفسره في المبسوط بالبيع بشرط العتق، وفسره المصنف بأن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه، فإن كان تفسيره عند الشافعي ما ذكره المصنف صح قوله بقيسه لأنهما غيران فيصح قياس أحدهما على الآخر إن ظهر جامع، وإن كان تفسيره عنده ما ذكره في المبسوط فلا بد أن يفسر قول المصنف بقيسه بإحقيقه بدلالة النص أملاً يلزم قياس الشيء على نفسه. وبيان إلحاقه بالدلالة أن بيع العبد نسمة على ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة، إذ جاءت إلى عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتب فقالت: إن شئت غددتها لأهلك وأعتقتك، فرفضت بذلك فاشتريتها وأعتقتها. وإنما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، وغيرها في معناها في هذا الشرط فألحق به دلالة، وإنما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لأنها عند الشافعي قياس جلي على ما عرف في الأصول، والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول. فالحديث «نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط». رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم. والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفاً لمقتضى العقد. والجواب عن حديث بريرة أن تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد. وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقاً ووعدت لها أن تعتقها لترضى بذلك، فإن بيع المكاتب لا يجوز بدون رضاها. النسمة من نسيم الريح، وسميت بها النفس، وانتصاب (قوله فلا بد أن يفسر قول المصنف) أقول: كيف يستقيم هذا الكلام بعد ما فسره المصنف بما فسره (قوله وبيان إلحاقه بالدلالة) أقول: فيه تأمل.

فلو أعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما إذا تلف بوجه آخر . ولأبي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ، ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والشئ بانتهاه يتقرر ، ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب ، فإذا تلف من وجه آخر لم تتحقق الملاءمة فيتقرر الفساد ، وإذا وجد العتق تحققت الملاءمة فيرجع جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا .

كيفما وجد وهو مذهبه ولهذا خصه بحديث بريرة . وجوابه أن ليس في حديث بريرة أصلا أن البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها ، وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط في شيء ولا يصلح البيع ممن يظن عتقه أصلا لقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ، ونسمة منصوب على الحال بمعنى معترضا للعتق ، وعبر بالنسمة عنه لكثرة ذكرها فيها إذا أعتقت في مثل قوله صلى الله عليه وسلم « فك الرقبة وأعتق النسمة » فصيرت كالاسم لما عرض للعتق فعولت معاملة الأسماء المتضمنة لمعنى الفعل (قوله فلو أعتقه المشتري الخ) هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو أن المشتري بهذا الشرط لو أعتقه بعد ما قبضه عتق ، ثم عند أبي حنيفة يرجع البيع صحيحا حتى يجب الثمن عنده ، وعندهما لا يعود صحيحا فتلزمه قيمته . وأما لو أعتقه قبل القبض فلا يعتق بالإجماع لأنه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع . وجه قولهما أنه تلف بعد أن ملكه بالقبض في بيع فاسد (فلا ينقلب جائزا كما لو تلف بوجه آخر) من موت أو قتل أو بيع أو هبة وقباضا على تدييره واستيلائها فإن هناك الضمان بالقيمة اتفاقا فهو أوفى بالشرط اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولأبي حنيفة أن شرط العتق) وإن كان (لا يلائم العقد على ما ذكرناه) يعني قوله لأن قضية العقد الإطلاق في التصرف والتخيير إلى آخره (ولكنه من حيث حكمه) وهو ثبوت الحرية (يلائمه لأنه) أي العتق (منه للملك) الذي هو أثر البيع (والشئ بانتهاه يتقرر) وجوده ، والفساد لا يتقرر له فكان صحيحا (ولهذا لا يمنع الرجوع بنقصان العيب) إذا اطلع عليه بعد أن أعتقه ، بخلاف ما إذا تلف بوجه آخر لأنه لا يصير به هذا الشرط ملائما فيبقى على مجرد جهته المفسدة ، ولذا لومات لا ينقلب صحيحا لأن بموته لا يصير

قوله نسمة على الحال على معنى معترضا للعتق ، وإنما صح هذا لأنه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله عليه الصلاة والسلام « فك الرقبة وأعتق النسمة » صارت كأنها اسم لما هو يعرض العتق فعولت معاملة الأسماء المتضمنة لمعنى الأفعال . كذا في المغرب . فإن وفي بالشرط وأعتق بعد ما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند أبي حنيفة . وقالوا : يبقى فاسدا كما كان فوجبت عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا ، كما إذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع ، وكذا إذا باع بشرط التدبير والاستيلاء والكتابة وقد وفي المشتري بما شرط أو لم يف فإنه مضمون بالقيمة اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولأبي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه) من تقييد التصرف به المغاير للإطلاق (ولكنه من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والمنهى للشئ مقرره ؛ ألا ترى أن العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب) فبالنظر إلى الجهتين توقفت الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين أن ينقلب جائزا بوجود الشرط (فإذا وجد فقد تحققت الملاءمة فيرجع جانب الجواز) عملا بالدليلين . وتأمل حتى التأمل تخلص من ورطة شبهة لاتكاد تنحل ، وهي أن هذا الشرط في نفسه إما أن يكون فاسدا أولا ، فإن كان الأول فتحقيقه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع ، وإن كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا ، وذلك لأنه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملاءمة جائز من حيث الحكم ، فقلنا

قال (وكذلك لو باع عبدا على أن يستخذه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له هدية) لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف ، ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع ، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع ، وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة .

شرط العتق ملاما وهو المنظور إليه في إفساد العقد وتصحيحه ، وكون شيء آخر كالموت ونحوه ملاما لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملاما . وأما شرط التدبير والاستيلاء فكذلك لا يصير العقد صحيحا إذا دبره المشتري أو استولدها لأنه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاء ملاما لأنه بيقين امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد لجواز أن يحكم قاض بصحة بيعهما فيتقرر الفساد . وأورد لما كان فعل هذا الشرط مصححا ينبغي أن يكون العقد صحيحا في الابتداء عند اشتراطه . أجيب بأنه من حيث هو مخالف لمقتضى العقد وإنما يلائمه باعتبار حكمه فعمانا في الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته ، وعند تحقق حكمه بفعله بمقتضى حكمه . ولو اشترى أمة بشرط أن يطأها المشتري أو لا يطأها فالبيع فاسد عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف يجوز في الأول لأنه ملائم للعقد . قلنا : الملائم له إطلاق الوطء لا إلزامه . وعند محمد يصبح فيهما الأول لما لأبي يوسف ، والثاني إن لم يقتضه العقد ولا يرجع نفعه لأحد فهو شرط لا طالب له (قوله وكذلك لو باع عبدا على أن يستخذه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري دراهم أو على أن يهدي له هدية) أو ثوبا على أن يقطعه المشتري قميصا أو قباء فهو فاسد (لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين) وقد ورد في عين بعضها نهى خاص وهو (نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف) أي قرض . ثم خص شرطى الاستخدام والسكنى بوجه معنوى فقال (ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن) بأن يعتبر المسمى ثمننا بإزاء المبيع وإزاء أجره الخدمة والسكنى (يكون إجارة في بيع ، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع . وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة) فيتناول كلا من الاعتبارين المذكورين . رواه أحمد عن أسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة » أما ثبوته فقد رواه الزوارق في مسنده عن أسود بن عامر وأعل بعض طرقه ورجح وقفه ، وبالأوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام . وأما معناه ففسره المصنف بما سمعت ، وفسره أبو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل للرجل

بالفساد في الابتداء عملا بالذات والصورة ، وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ، ولمنعكس لأننا لم نجد جائزا يتقلب فاسدا ووجدنا فاسدا يتقلب جائزا كالبيع بالرقم ، بخلاف ما إذا أتلفه بوجه آخر فإنه لم يتقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فتقرر الفساد ، وبخلاف التدبير والاستيلاء والكتابة . فإن الملك لا ينتهى بها بيقين لاحتمال القضاء القاضى بجواز بيع المديون وأم الولد ، والمكاتب مخير في الإجازة ، والإنهاء إنما يتحقق إذا وقع الأمن عن الزوال من ملك المشتري إلى ملك غيره كما في الإعتاق والموت . قال (وكذلك إذا باع عبدا على أن يستخذه البائع شهرا الخ) البيع بهذه الشروط فاسد ، لأنها شروط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولم يستدل بالحديث لأن المراد به هذا المذكور ، وإنما قال على أن يقرضه المشتري درهما احترازا عما إذا قال بعثك هذه الدار على أن يقرضنى فلان الأجنبي ألف درهم قبله المشتري صح البيع لأنها لم تلزم الأجنبي لاضمانا عن المشتري لأنها ليست في ذمته فيحملها الكفيل ، ولا زيادة في الثمن لأنه لم يقل على أنى ضامن ، بخلاف اشتراط

أبيعلك هذا نقدا بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى. ورواية ابن حبان للحديث موقوفا «الصفقة في الصفقتين ربا» .
تؤيد تفسير المصنف مع أنه أقرب تبادرا من تفسير أبي عبيد وأكثر فائدة، فإن كون الثمن على تقدير النقد ألفا وعلى
تقدير النسيئة ألفين ليس في معنى الربا ، بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة . واعلم أنه روى عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن بيعتين في بيعة » ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن أنه معنى الأول
وليس كذلك بل هذا أخص منه ، فإنه في خصوص من الصفقات وهو البيع ، وفسره الشافعي بأن يقول أبيعلك
دارى هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا ، فإذا وجب لي غلامك وجبت لك دارى . وهذا حديث صحيح
رواه الترمذى والنسائى ، وقال الترمذى : حسن صحيح ، ورواه مالك بلاغا . وفي فتاوى الولواجي : لو قال
بعتك هذه الدار بألف على أن يقرضني فلان الأجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لأنه لا يلزم
الأجنبي ، لأنه لو أزمه فلما بطريق الضمان عن المشتري أو بطريق الزيادة في الثمن . لا وجه إلى الأول لأنه ليس
في ذمة المشتري فكيف يتحملها الكفيل ، ولا إلى الثاني لأنه لم يقل على أنى ضمان ، وإذا لم يلزم الأجنبي لا يفسد
البيع ولا خيار للبائع ، لأنه لو ثبت إنما ثبت إذا لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري وقد سلم له ذلك . وفي
الفتاوى الصغرى قال : بع عبدك من فلان على أن الثمن على العبد لفلان ، حكى عن أبي الحسن الكرخي أنه
يجوز ، وهو خلاف ظاهر الرواية : واستبعده أبو بكر الحصاص .

[فروع] باع أمة بشرط أن يطأها المشتري أو أن لا يطأها ففسد البيع عند أبي حنيفة فيهما لما ذكر من أن
مقتضى العقد الإطلاق وهذا تعيين أحد الجائزين . وعند أبي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا ، ويصح الأول لأن
العقد يقتضيه : وعند محمد يصح فيهما . ولو كان في الشرط ضرر كأن شرط أن يقرض أجنبيا لا يفسد العقد ،
وذكر القلورى أنه يفسد ، ولو لم تكن فيه منعة ولا مضرة كأن اشترى طعاما بشرط أن يأكله أو ثوبا بشرط أن
يلبسه جاز . وذكر الإمام قاضيخان العقود التي يتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة : قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة
البدل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال . وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد
ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد . وقسم له شبه بالبيع
والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد . وفي الخلاصة : التي تبطل بالشروط الفاسدة
ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر : البيع ، والقسمة ، والإجارة ، والإجارة ، والرجعة ، والصلح عن مال ،
والإبراء عن الدين ، وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوى ، وتعليق لإيجاب الاعتكاف بالشرط ، والمزارعة ،
والمعاملة ، والإقرار ، والوقف في رواية . وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون : الطلاق ، والخلع ،
ولو بغير مال ، والعتيق بمال وبلا مال ، والرهن ، والقرض ، والهبة ، والصدقة ، والوصاية ، والشركة ،
والمضاربة ، والقضاء ، والإمارة ، والتحكيم بين اثنين عند محمد خلافا لأبي يوسف ، والكفالة ، والحوالة ،
والوكالة ، والإقالة ، والنسب ، والكتابة ، وإذن العبد ، ودعوة الولد ، والصلح عن دم العمد ، والجراحة التي
فيها القصاص حالا وموئلا ، وجناية الغصب ، والوديعة ، والعارية إذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة ،
وعقد النمة ، وتعليق الرد بالعيب ، وتعليق الرد بخيار الشرط ، وعزل القاضى . والنكاح لا يصح تعليقه ولا إضافته

الإقراض على المشتري «لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف» وأيضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم

قال (ومن باع عينا على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر فالبيع فاسد) لأن الأجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا ، وهذا لأن الأجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الأعيان . قال (ومن اشترى جارية لإحملها فالبيع فاسد) والأصل أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثنائه من العقد ، والحمل من هذا القبيل ، وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصله به خلقة

لكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط ، وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط ، وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشرط المتعارف تصح هي والشرط ، وبغير المتعارف يبطل وتصح الكفالة انتهى . فالخلاص أن كل ما كان من قبيل التملكيات أو التقييدات لا يصح تعليقه ؛ فمن الأول الإقرار والإبراء ، ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند أبي يوسف من قبيل التملكيات فلا يتعلق . وعند محمد يتعلق لأنه من إطلاق الولاية كالقضاء والإذن والإيصاء والوكالة ، وإن جعل الوكالة في شرح الطحاوي من قبيل التملكيات بل هي بالولايات أشبه (قوله ومن باع عينا على أن لا يسلمه) إياها (إلى رأس الشهر فالبيع فاسد ، لأن الأجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا ، وهذا لأن الأجل شرع ترفيها فيليق بالديون) لأنها ليست معينة في البيع فيحصل بالأجل الترفيه ، بخلاف المبيع العين فإنه معين حاضر فلا فائدة في إلزامه تأخير تسليمه إذ فائدته الاستحصال به وهو حاصل فيكون إضرارا بالبائع من غير نفع للمشتري (قوله ومن اشترى جارية لإحملها فسد البيع ، والأصل) الممهد لتعريف ما يصح استثنائه من العقد ، وما لا يصح استثنائه هو (أن ما لا يصح إفراده بالعقد) ابتداء (لا يصح استثنائه من العقد) وما يصح يصح وما لا يصح إفراده بالعقد فلا يصح استثنائه ، هذا وهو كون الحمل لا يصح إفراده بالعقد (لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصله به خلقة) كرجل الشاة وأليتها حتى أنه يقرض بالمقراض وأطراف الحيوان لا تفرد بالعقد إجماعا . ومن فروعه بعثك هذه الصبرة لإلقيزا منها بكذا يجوز لأن أفراد قفيز منها بالبيع يجوز ، ولو قال بعثك هذا القطيع من الغنم إلا شاة بألف لا يجوز لأنه لا يجوز شراء شاة من هذا القطيع بغير عينا ، بخلاف ما لو استثنى هذه الشاة فإنه يجوز لانقضاء الإحالة حيث يجوز لجواز إفرادها بالعقد ، وكذا الحال

صفتين في صفة كما ذكره في المتن . قال (ومن باع عينا على أن لا يسلمها إلى رأس الشهر النخ) الأجل في المبيع العين باطل لإفضائه إلى تحصيل الحاصل فإنه شرع ترفيها في تحصيله باتساع المدة ، فإذا كان المبيع أو الثمن حاصلا كان الأجل لتحصيل الحاصل ، وإنما قيد بالعين احترازا عن السلم فإن ترك أجل فيه مفسد للحاجة إلى التحصيل . قال (ومن اشترى جارية لإحملها النخ) . ذكر في هذا الموضع العقد المستثنى منه وهو ثلاثة أقسام : الأول ما فسد فيه العقد والاستثناء . والثاني ما صح فيه العقد وبطل الاستثناء . والثالث ما صح فيه كلاهما . أما الأول فكالباع والإجارة والكتابة والرهن ، فإذا باع جارية لإحملها أو آجر داره على تجارية لإحملها أو رهن جارية لإحملها أو كاتب عبده على جارية لإحملها فسد العقد لأنها عقود تبطل بالشروط الفاسدة ، لأن غير البيع في معناه من حيث أنها معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم ، فكذا ما في معناه ، والاستثناء يصير شرطا فاسدا فيها فيفسدها ، وذلك لما ذكره من الأصل فيه أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثنائه من العقد ، والحمل من هذا القبيل وقد تقدم في أول البيوع ، وهذا لأن الحمل بمنزلة أطراف الحيوان لاتصله به ينتقل بانتقاله ويقر بقراره ويبيع الأصل يتناوله ، فالاستثناء يكون على خلاف الموجب لدلالته على أن المستثنى مقصود ودلالة العقد

(قال المصنف : لأن الأجل في المبيع العين باطل) أقول : قيد المبيع به احترازا عن السلم فيه فإنه مبيع دين ، ويصح الأجل فيه بالنس .

وبيع الأصل يتناولهما فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلا يصح فيصير شرطاً فاسداً ، والبيع يبطل به والكتابة والإجارة : والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة ، غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها ، والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل ، بل يبطل الاستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة ، وكذا الوصية لا تبطل به ، لكن يصح الاستثناء

في كل عدد متفاوت . ومنه ما إذا باع حيواناً واستثنى ما في بطنه لنيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل . وأما أن لا يفرد بالعقد لا يجوز استثنائه فلأن الاستثناء إنما يخرج بعض ما تناوله المصدر عن حكمه وما يدخل تبعاً ليس مما تناوله اللفظ كالمفاتيح لا يتناولها اسم الدار فلا تستثنى . وأما قول المصنف (بيع الأصل يتناولهما) أى الأصل والتبع (فالاستثناء يكون على خلاف الموجب) فلا يفيد لأن الاستثناء ليس إلا إخراجاً من حكم المصدر وحكمه هو موجب فلو صح ذلك بطل الاستثناء ، وإصلاحه أن يريد بالتناول فيها الحكم بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب : أى طريق الاستثناء ومهيجه لاحقية موجبه وذلك لا يجوز ، وإذا لم يضح الاستثناء بقى (شرطاً فاسداً) وفيه نفع للبائع (والبيع يبطل به والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة) والأحسن أن يقال : تبطل بالشروط الفاسدة لأنها عقود معاوضة فيجعل بطلانها بالشروط الفاسدة أثر المشابهة ، وتعلل المشابهة بأنها عقود معاوضات ، إلا أن المفسد في الكتابة شرط فاسد تمكن في صلب العقد ، وهو ما يقوم به العقد مثل أن يكتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط الكائن في صلب العقد وغيره ، وإنما اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لشبهه بالإعتاق والنكاح من حيث إن أحب البدلين ليس بمال في حق نفسه ، وكونه معاوضة إنما هو بالنسبة إلى السيد في الانتهاء وكان له شهبان : شبه بالبيع ، وشبه بما ليس بمعاوضة ، فيفسد بالمفسد القوى وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه للبيع ، ولم يفسد بما ليس كذلك لشبهه بالعق والنكاح ، وهما لا يفسدان مطلقاً بالشرط الكائن في صلب العقد ولا في غيره (و) أما (الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد) فلا يبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط (فلا تبطل باستثناء الحمل) فلو قال وهبتك أو تصدقت عليك بهذه الجارية إلا

على أن الحمل تابع فيصير ذكره شرطاً فاسداً (قوله غير أن المفسد في الكتابة) استثناء من قوله لأنها تبطل بالشروط الفاسدة ، ومعناه أن الشرط الفاسد في الكتابة إنما يكون مفسداً لها إذا كان متمكناً في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخنزير أو على قيمته حيث دخل في البدل . وأما إذا لم يكن في صلبه كما إذا شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج والعقد صحيح لأن الكتابة تشبه البيع انتهاء لأنه مال في حق المولى ولا تصح إلا ببدل معلوم وتحتمل الفسخ ابتداء وتشبه النكاح من حيث أنه ليس بمال في حق نفسه ، ولا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه . وأما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإنها لا تبطل بالشروط الفاسدة لأن الفساد باعتبار إفضائه إلى الربا ، وذلك لا يتحقق إلا في المعاوضات ، وهذه تبرعات وإسقاطات والهبة وإن كانت من قبيل التمليكات لكنها عرفنا بالنص أن الشرط الفاسد لا يفسدها ، فإنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر إذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء . وأما الثالث فكالوصية إذا أوصى بجاريته لرجل واستثنى حملها فإنه يصح ، والجارية وصية والحمل ميراث . أما عدم بطلان الوصية فلأنها ليست من

حتى يكون الحمل ميراثا والحارية وصية ، لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن ، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها .

حملها ، أو تزوجت على هذه الحارية أو اخلعني عليها إلا حملها ، أو اجعلها بدل الصلح إلا حملها صحت هذه التصرفات وبطل الاستثناء ، ويدخل الحمل والهبة وإن كانت من قبيل التمليكات ، لكن عرف بالنص أنها لا تبطل بالشرط الفاسد ، لأنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى بشرط عود المعمر فتصير العمرى لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر . وأما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل تصح بالاستثناء (حتى يكون الحمل ميراثا والحارية وصية ، لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري في الحمل ، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها) بأن أوصى بحارية إلا خدمتها أو إلا غلها حيث لا يصح الاستثناء (لأن الميراث لا يجري في الخدمة) والغلة بانفرادها ، حتى لو أوصى بخدمة الحارية أو غلها لفلان فأت فلان بعد صحة الوصية لا ترث ورثته خدمتها ولا غلها بل يعود إلى ورثة الموصى ، بخلاف ما لو أوصى بحمل جاريتة لآخر حيث يصح ويكون حملها له . وأورد على الأصل أن الخدمة يصح إفرادها بالوصية فيجب أن يصح استثنائها . أجيب بمنع لزوم ذلك بدليل قولهم كل ما جاز أن يكون ثمننا في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة ولم يلزم كل ما لا يصح ثمننا لا يصح أجرة ، وبأن الوصية ليست عقدا حتى صح قبول الموصى له بعد موت الموصى والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد نقضا .

[فروع] باع صبرة بمائة إلا عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن ؛ ولو قال على أن عشرها لي فله تسعة أعشارها بتسعة أعشار الثمن خلافا لما روى عن محمد أنه بجميع الثمن فيهما . وعن أبي يوسف : لو قال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على أن هذه لي أو ولي هذه فسد ؛ ولو قال إلا هذه كان ما بقي بمائة ، ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين ، ولو قال بعثك هذا العبد بألف إلا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز في كله بألف وخمسمائة لأن المعنى باع نصفه بألف لأنه الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عين بيعه بخمسة . ولو قال على أن لي نصفه بثلاثمائة أو مائة دينار فسد لإدخال صفقة في صفقة . ولو قال بعثك الدار الخارجة على أن تجعل لي طريقا إلى

المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد . وأما صحة الاستثناء فلما ذكر أن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لأنه عين ، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها لأنها ليست بعين ، وذكر ضمير الخدمة على تأويل المذكور . واعترض على قوله الأصل فيه أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثنائه من العقد بأنه يلزم من ذلك أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثنائه . والخدمة في الوصية مما يصح إفراده بالعقد بأن قال أوصيت بخدمة هذه الحارية لفلان فوجب أن يصح استثنائه . وأجيب بأن هذا العكس غير لازم ؛ ولئن سلم فلا نسلم أن الوصية عقد ؛ ألا ترى أنه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصى ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول بأن مات الموصى له قبل القبول فلا يتناوله لفظ العقد مطلقا . ولقائل أن يقول : اعتبرتم الوصية عقدا وعكستم الأصل المذكور في الوصية بالحارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحا لصحة إفراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالحارية ، واستثناء الخدمة مع صحة إفراده بالعقد ، فما الفرق بينهما ؟ والجواب أنا مامنعنا العكس وجوبا ، وإنما منعنا لزومه . والفرق بينهما أن تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء

(قوله والميراث يجري) أقول : إن أراد أنه يجري فيه تبعاً لأمة فلا يفيد ، وإن أراد جريانه بطريق الاستقلال فظاهر أنه ليس كذلك فليتأمل في دمه .

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه قميصا أو قباء فالبيع فاسد) لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقة في صفقة على مامر (ومن اشترى نعلا على أن يحنوها البائع قال أو يشركها فالبيع فاسد) قال رضي الله عنه : ماذكره جواب القياس ، ووجهه ما بينا : وفي الاستحسان : يجوز للتعامل فيه فصار كصبيغ الثوب ،

دارى هذه الداخلة فسد البيع ؛ ولو قال إلا طريقا إلى دارى الداخلة جاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة ؛ ولو باع بيتا على أن لا طريق للمشتري في الدار وعلى أن بابه في الدهليز يجوز ؛ ولو زعم أن له طريقا فظهر أن لا له برد ؛ ولو باعه بألف دينار إلا درهما أو إلا ثوبا أو إلا كرا حنطة أو هذه الشياء إلا واحدة لا يجوز . ولو كانت بعينها جاز ؛ ولو باع دارا على أن لا بناء فيها فإذا بناء البيع فاسد لأنه يحتاج إلى نقض البناء ؛ ولو باعها على أن بناءها من آجر فإذا هو لبن فهو فاسد بناء على أنها جنسان ، كما لو باعه ثوبا على أنه هروي فظهر بلخيا ؛ ولو باع الأرض على أن فيها بناء فإذا لا بناء فيها ، وكذا إذا اشتراها بشجرها وليس فيها شجر جاز وله الخيار . وكذا لو باع بعلوها وسفلها فظهر أن لا علوها ، ومثله لو اشترى بأجذاعها (قوله ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه قميصا أو قباء فالبيع فاسد) بإجماع الأئمة الأربعة (لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقتين في صفقة على مامر) من امتناع الصفقتين في صفقة إلا أن هنا على تقدير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شيء من الثمن فهو شرط إجازة في بيع ، وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير ؛ وعلى تقدير علم المقابلة يكون إعارة في بيع (قوله ومن اشترى نعلا على أن يحنوها البائع) المراد اشترى أديما على أن يجعله البائع نعلا له فأطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله . ويمكن أن يراد حقيقة أى نعل رجل واحدة على أن يحنوها : أى أن يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا للرجلين ، ومنه حذف النعل بالنعل : أى قدرته بمثال قطعه ، ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا ، ولا معنى لأن يشترى أديما على أن يجعل له شراكا فلا بد أن يراد حقيقة النعل (فالبيع فاسد : قال) المصنف رحمه الله (ماذكره) يعنى القدورى (جواب القياس : ووجهه ما بينا) من أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين (وفي الاستحسان : يجوز) البيع ويلزم الشرط (للتعامل) كذلك ؛ ومثله في ديارنا شراء القبقاب على هذا الوجه : أى على أن يسمر له سيرا (وصار كصبيغ الثوب) مقتضى القياس

المستثنى لوارث الموصى ، فما صلح أن يكون موروثا كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه . قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع الخ) قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده ، قال هاهنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة وكأنهما سواء ، يشير إليه قوله على مامر وقيل قال هناك صفقتين لأن فيه احتمال الإجارة والعارية هاهنا صفقة إذ ليس فيه احتمال العارية . قال (ومن اشترى نعلا) هذا النعل بالمثال قطعها به فهى تسمية الشيء باسم ما يشبهه إليه إذ الصرم هو الذى يقطع بالمثال ، وشرك النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذى على ظهر القدم ؛ فمن اشترى صرما واشترط أن يحنوها أو نعلا على أن يشركها البائع فالبيع فاسد في القياس . ووجهه ما بينا أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين . وفي الاستحسان : يجوز للتعامل ، والتعامل قاض على القياس لكونه إجماعا فعليا كصبيغ الثوب ، فإن القياس لا يجوز استئجار الصباغ لصبيغ الثوب لأن الإجارة عقد على المنافع

(قال المصنف : ومن اشترى نعلا على أن يحنوها البائع أو يشركها فالبيع فاسد) أقول : أراد بالنعل الصرم ، تسمية للشيء باسم ما يشبهه إليه ، كذا في شرح الكاكي ، وضمير يشركها للنعل بمعناه الحقيقي على طريقة الاستخدام .

وللتعامل جوازنا الاستصناع . قال (والبيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل) وهي مفضية إلى المنازعة في البيع لا ابتنائها على الماكسة

منعه لأنه لإجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ ولكن جواز التعامل . ومثله لإجارة الظئر مع لزوم استهلاك اللبن جاز للتعامل ، لكن في الفوائد المستحق بالإجارة فعل الصبغ والحضانة في استئجار الصباغ والظئر واللبن آلة فعلهما (وللتعامل جوازنا الاستصناع) مع أنه بيع المعلوم ، ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة بشرط أن يبطن لها البائع بطانة من عنده ، وهذا نوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط أن به كذا ، وما تقدم كان المشروط معدوما فيشترط أن يفعل من هذا . ذكر هشام عن محمد : اشترى شاة على أنها حامل يفسد البيع . وعن الشافعي قولان . وأصحهما يصح وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة . وقال بعض أصحابه : القولان في غير الآدمي ، أما في الجوارى يصح قولان واحدا وهو قولنا . ذكر هشام عن محمد : اشترى جارية على أنها حامل يجوز البيع إلا أن يظهر أن المشتري يريد لها للظئرة فيفسد . ولا يخفى ما فيه بعد فرض أن المشتري علم ذلك بل شرطه ، وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضا به . وعن الهذلي أن شرط الحبل من البائع لا يفسد لأن البائع يذكره على بيان العيب عادة . ولو وجد من المشتري يفسد لأنه ذكره على وجه اشتراط الزيادة . ولو اشترى سمسا أو زيتونا أو حنطة على أن فيها كذا هنا أو يخرج كذا دقيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعي . ولو شرط في الشاة أنها حاوب أو لبون لم يذكره محمد ، واختلف فيه ؛ فالكرخي يفسد ، والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لأنه مرغوب فيه . والوجه أن لا يجوز لوقوع المنازعة في أن معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار أو أكثر من هذا إلى غاية كذا . ولو كان منفعة الشرط لغير العاقلين كالبيع على أن يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ . وقال محمد : كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع إذا شرط على أجنبي فهو باطل ، وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به إذا شرط على أجنبي فهو جائز . ويخبر المشتري كالبيع بمائة على أن يحط فلان الأجنبي عشرة جاز البيع . ويخبر المشتري إن شاء أخذه بمائة وإن شاء ترك . وعن أبي يوسف : لو اشترى على أن يهب البائع للمشتري أو لفلان الأجنبي دينارا من الثمن فالمبيع فاسد . وفي المتن خلافه فيما إذا كانت الهبة من المشتري . قال : لو اشترى على أن يهب له دينارا من الثمن جاز وهو حسن ، لأن حاصل هذا حطيطة مشترطة وما لها إلى الشراء بالثمن الأنقص . ولو باع رقبة الطريق على أن له حق المرور أو السفل على أن له قرار العلو جاز . ولو باع عبيدين على أنه شريك المشتري في نصف هذا فسد . ولو قال نصفهما جاز كما لو باع هذا الثوب وقال أنا شريكك في نصفه ، ومقتضى النظر أن يجوز الأول أيضا لأنه في الحاصل بيع أحدهما بعينه ونصف الآخر شائعا صفقة ولا مانع من ذلك . ولو باع هذا بألف إلا لنصفه بستمائة فقد باع نصفه بأربعمائة (قوله والبيع إلى النيروز) وهو يوم في طرف الربيع وأصله نوروز عرب : وقد تكلم به عمر رضي الله عنه فقال : كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يتهجون به . والمهرجان يوم في طرف الحريف معرب مهركان ، وقيل هما عيدان للمجوس (وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل) وعرف بهذا التعليل أن المراد بالموجل هنا هو الثمن لا المبيع ، لأن

لالأعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصبغ وحده لكن جواز التعامل جواز الاستصناع (والبيع إلى النيروز) معرب نوروز أول يوم من الربيع (والمهرجان) معرب مهركان يوم في طرف الحريف (وصوم النصارى وفطر اليهود) ومعناه تأجيل الثمن إلى هذه الأيام فاسد إذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان (لجهالة الأجل) المفضية إلى النزاع لا ابتناء المبيعة على الماكسة أي المجادلة في النقض ، والماكسة موجودة في المبيعة

إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما ، أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم معلومة بالأيام فلا جهالة فيه . قال (ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج) ، وكذلك إلى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لأنها تتقدم وتتأخر . ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز ، لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم فيها ،

مجرد تأجيل المبيع ففسد ، ولو كان إلى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع بجهالة الأجل ، وبقوله (إذا لم يعرف إلى آخره أن الفساد) بالتأجيل إلى هذه بناء على عدم معرفة خصوص أوقاتها عند المسلمين ، فلو كانا يعلمان ذلك صح . قيل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في أن ابتداء صومهم غير معلوم . والحاصل أن الفساد للجهالة ، فإذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الأوقات جاز . ولذا قال (أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم بالأيام وهي معلومة) وهي خمسة وخمسون يوما . واعلم أن كون التأجيل في الثمن يصبح إذا كان الأجل معاوما هو في الثمن الدين ، أما لو كان ثمننا عينا فيفسد البيع بالأجل فيه للمعنى الذي ذكرناه مفسدا لتأجيل المبيع عند قوله ومن باع عينا على أن يسلمه إلى رأس الشهر . وقوله (لا بتناؤها على الماكسة) الماكسة : استنقاص الثمن ، والمكس والمكاس في معناه وهو موجود في البيع عادة وهو يوجب المنازعة ، فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجبها في الجملة . وعند جهالة وقت القبض يحصل أخرى على وجه يضر بالدين والنفس فلا يشرع العقد مع ذلك ، وحقيقة هذا يصلح تعليلنا لقولنا لا يحتمل البيع هذه الجهالة اليسيرة ، بخلاف الكفالة (ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج والحصاد) بفتح الحاء وكسرها (و) مثله (القطاف) وهو للعنب (والدياس) وهو دوس الحب بالقدم لينقشر ، وأصله الدواس بالواو لأنه من الدوس قلبت ياء للكسر قبلها (والجزاز) أي جزر صوف الغنم (لأنها تتقدم وتتأخر) وذكر شمس الأئمة أن المراد به جزاز النخل (ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز ، لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة اليسيرة مستدركة) أي قريب تداركها وإزالة جهالتها وتحليل الدليل هكذا هذه جهالة يسيرة . وكل جهالة يسيرة متحملة في الكفالة لأنها عقد تبرع مبني على المسامحة فهذه متحملة فيها . وعلى هذا فالسؤال المورد من قبل شمس الأئمة وهو كون الجهالة اليسيرة متحملة في موضع لا يدل على أن يكون التأجيل إلى هذه الأوقات المحبولة متحملا ؛ ألا ترى أن الصداق يتحمل الجهالة حيث يحتمل جهالة وصفه ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الآجال سواء أجنبي عن هذا المحل . ثم أجاب بأن الأصح صحة هذه الآجال في الصداق خلافا لقول البعض إنها لا يصح تأجيل الصداق إليها ، وإنما يرد هذا إذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة في الصداق كجهالة الوصف فيورد عليه النقض بعدم تحمله جهالة هذه الآجال ويجاب بما ذكر . وقوله (لاختلاف الصحابة)

إلى هذا الأجل فتكون الجهالة فيه مفضية إلى النزاع ومثلها يفسد البيع (وإن كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم) جاز (لأن مدة صومهم بالأيام معلومة) وهي خمسون يوما فلا جهالة . قال (ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج الخ) الحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزروع ، والدياس أن يوطأ المحضود بقوائم الدواب من الدوس وهو شدة وطء الشيء بالقدم ، والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح فيه لغة ، والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع إلى وقت قدوم الحاج وإلى هذه الأوقات غير جائز للجهالة المفضية إلى النزاع بتقديم هذه الأوقات وتأخرها ، والكفالة إلى هذه الأوقات جائزة (لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة) ألا ترى أنها تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن يكفل بما ذاب على فلان في وصفه أولى لكون الأصل أقوى من الوصف (وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها)

ولأنه معلوم الأصل ؛ ألا يرى أنها تحتل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان في الوصف أولى ، بخلاف البيع فإنه لا يحتملها في أصل الثمن ، فكذا في وصفه ، بخلاف ما إذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز ؛ لأن هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ، ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لأنه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع إلى هذه

أخرجه مخرج الاستدلال على أنها جهالة يسيرة ، فإن من الصحابة من أجازها كعائشة رضي الله عنها أجازت البيع إلى العطاء . وابن عباس منعه وبه أخذنا . ولو كانت جهالة قوية لم يختلفوا في عدم الصحة معها ، وقد قالوا : إن العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر فيجاز كونه أجلاً إذ ذاك لصدق الخلفاء الراشدين في ميعادهم في صرفه ، وأما الآن فيتأخر عن مواعيدهم كثيراً فلا يصح التأجيل إليه الآن . فإن صح هذا فكيف يتصور من ابن عباس خلافه . والظاهر أنه كان يتقدم ويتأخر قليلاً بنحو يوم أو يومين فأهدرته عائشة واعتبره ابن عباس . ثم قيل : اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتأخر ، والفاحشة هي ما يكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح . وقوله (ولأنه معلوم الأصل) أي ولأن الدين معلوم فأعاد الضمير عليه لأنه للكفالة إذ يستلزم ديناً : بمعنى الأصل وهو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه مؤجلاً إلى كذا الذي قد يتقدم ويتأخر . وقوله (ألا يرى إلى آخره) ابتداء لتعليل لقوله لأنه معلوم الأصل ، وحاصله أنه أثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة في مثلها ، وبأن الدين المكفول به معلوم الأصل فلم تبقى جهالة إلا في الوصف ، وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع إلى أولوية صحة هذه الآجال في الكفالة بأن بعض الكفالة تحتل جهالة الأصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان والذوب غير معلوم الوجود فلأن يتحمل جهالة الوصف فيه أولى (بخلاف البيع فإنه لا يحتملها في أصل الثمن فكذا في وصفه) فاتجه عليه أن يقال : لا يلزم من عدم تحمل أصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه ، وهو أخف لأن الأصل أقوى . أجب بأن الاشتراك في العلة يوجب في الحكم ، وعلة عدم تحملها في الأصل الإفضاء إلى المنازعة وهو موجود في جهالة الوصف ، ثم أفاد أن ما ذكره من عدم تحمل البيع جهالة هذه الآجال هو إذا ذكرت في أصل العقد ، أما إذا عقده بلا أجل وهو قوله (بخلاف ما إذا باع مطلقاً) أي عن ذكر الأجل حتى انعقد صحيحاً (ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات) فإنه يجوز . فالتأجيل بعد الصحة كالكفالة تتحمل الجهالة اليسيرة لأنه حيثئذ تأجيل دين من الديون ، بخلافه في صلب العقد فإنه يبطل بالشرط الفاسد ، وقبول هذه الآجال شرط فاسد ، (قوله ولو باع إلى هذه

فعائشة رضي الله عنها كانت تميز البيع إلى العطاء وإن احتمل التقدم والتأخر لكونها يسيرة ، وابن عباس رضي الله عنهما منعه ونحن أخذنا بقوله ، وهذا قد يشير إلى أن الجهالة اليسيرة ما كانت في التقدم والتأخر ، والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح مثلاً ، والبيع لما لم يكن محتملاً للجهالة في أصل الثمن لم يكن محتملاً لها في وصفه . ورد بأنه لا يلزم من عدم تحمل أصل الثمن عدم تحمل وصفه لأن الأصل أقوى إذ هو يوجد بدون الوصف الخاص دون عكسه . وأجب بأن المانع من تحمل أصل الثمن الجهالة هو إفضاؤها إلى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه . وإذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات صح لكونه تأجيل الدين (وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة) لعدم ابتناؤه على المماكسة ، ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لأنه يفسد بالشرط الفاسد (ولو باع إلى هذه

الأجل ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا . وقال زفر رحمه الله : لا يجوز لأنه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل) ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرر هذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه ، بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لأن الفساد في صلب العقد ،

الأجل ثم تراضيا على إسقاط الأجل) قبل أن يحىء بأن أسقطه (قبل أن يأخذ الناس في الدياس والحصاد وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا) كما جاز إذا عقد بلا أجل ثم ألحق هذه الأجل (وقال زفر : لا يجوز) وتقييده بهذه الأجل لإخراج نحو التأجيل بهبوب الرياح ونزول المطر ، فإنه لو أجل بها ثم أسقطه لايعد صحيحا اتفاقا : وجه قوله إن العقد فاسد (فلا ينقلب جائزا كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل) وكالإشهاد عليه بعد عقده بلا شهود لا ينقلب جائزا ، ويبع الدرهم بالدرهمين إذا سقط الدرهم لايعد صحيحا (ولنا) أن هذه الجهالة مانع من لزوم العقد وليس في صلب العقد بل في اعتبار أمر خارج هو الأجل ، وصلب العقد البدلان مع وجود المقتضى للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي ، فإذا زال المانع قبل وجود ما يقتضى سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر عمل المقتضى وهو معنى انقلابه صحيحا ، بخلاف ما قاس عليه من الإشهاد المتأخر : فإن عدم الإشهاد عدم الشرط وبعد وقوع المشروع فاسدا لعدم الشرط لايعد ذلك بعينه صحيحا ، مثلا : إذا صلى بلا وضوء ثم توضأ لا نصير تلك الصلاة صحيحة ، وإنما نظير مانحن فيه أن يتوضأ قبل عدم المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلاة ، وأما النكاح إلى أجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر لا وجود له في الشرع بعد نسخ المتعة وعقد من العقود لا ينقلب عقدا آخر فلا يصح إسقاط الدرهم (لأن الفساد في صلب العقد) والذي يحتاج بعد هذا إلى الجواب ما إذا سقط الرطل الخمر فيما إذا باع بألف ورطل خمر نص محمد على جواز البيع

الأجل) أعنى النيروز والمهرجان إلى آخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل تحقق هذه الأوقات انقلب البيع جائزا ، خلافا لزفر رحمه الله . وهو يقول : انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كإسقاط الأجل في النكاح : يعنى على أصلكم . وأما على قول زفر فالنكاح إلى أجل جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح ، وهو استدلال من جانب زفر بما لم يقل به وليس على ما ينبغي ، وقد قررناه في التقرير وقتنا الفساد للمنازعة ، والمنازعة إنما تتحقق عند حلول الأجل ، فإذا أسقطه ارتفع المفسد قبل تقرر فيعود جائزا . فإن قيل : الجهالة تقرر في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد . أجاب بأن هذه الجهالة في شرط زائد وهو الأجل لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه ، بخلاف ما ذكرت فإن الفساد في صلب العقد . واعترض بأنه إذا نكح بغير شهود ثم أشهد بعد النكاح فإنه لا ينقلب جائزا وليس الفساد في صلب العقد ، فإذا باع إلى أن يهب الرياح ثم أسقط الأجل لا ينقلب جائزا . وأجيب عن الأول بأن الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوى كما لو كان في صلب العقد ؛ ألا ترى أن من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم تنقلب صلاته جائزة ، وعن الثاني بأن هبوب الرياح ليس بأجل لأن الأجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه

(قال المصنف : وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا) أقول : لفظ أيضا من كلام صاحب الهداية (قال المصنف : ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرر ، وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه) أقول : يعنى على أصلكم ، أما عند زفر فالنكاح إلى أجل جائز ، والشرط باطل كما مر في النكاح .

وبخلاف النكاح إلى أجل لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح . وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه . قال (ومن جمع بين حرّ وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن سمي لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة الذكية (وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بخصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة . وقال زفر رحمه الله : فسد فيهما : ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الأول ، إذ محلبة البيع منتفية بالإضافة إلى الكل .

وانقلابه صحيحا في آخر الصرف . اللهم إلا أن يقال . هو تبع للألف الثمن في بيع المسلم . بخلاف ما إذا باع بالحر فإنه حينئذ يتعين كون الحر هو الثمن ويفسد إذ لا مستتب هناك : وهذا وإلحاق زفر بالنكاح إلى أجل بطريق الإلزام فإنه يميز النكاح الموقت . ثم قول المصنف رحمه الله (وقوله في الكتاب تراضيا) أي قول القدوري في مختصره (قوله ومن جمع بين حرّ وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) سواء فصل ثمن كل واحد أو لم يفصل (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن سمي لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد بما سمي له وكذا في الذكية . وإذا لم يسم بطل بالإجماع . ويقول أبي حنيفة قال مالك ، وعن الشافعي وأحمد كل من القولين . وعلى الخلاف ما إذا باع ذنين خلا فإذا أحدهما حر (ولو جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره) ولم يفصل الثمن (صح البيع في العبد بخصته من الثمن عند الثلاثة . وقال زفر فسد فيهما : ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر وأجمعوا أنه لو باع عبدین فاستحق أحدهما لا يبطل البيع في الآخر (لزفر الاعتبار بالفصل الأول) وهو ما إذا جمع بين عبد وحر ولم يفصل ثمن كل بجماع أنه باع ما لا يصح بيعه مع ما يصح مجموعا صفقة وهو يوجب انتفاء محلبة البيع بالإضافة إلى المجموع إذ يصدق أن الكل من حيث هو كل

(قوله وبخلاف النكاح) جواب عن قياس زفر على النكاح . وتقريره أنا قد قلنا إن العقد الفاسد قد ينقلب جائزا قبل تقرير المفسد ، ولم نقل أن عقدا ينقلب عقدا آخر ، والنكاح إلى أجل متعة وهي عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا (قوله في الكتاب) أي القدوري ثم تراضيا خرج وفاقا لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه . قال (ومن جمع بين حرّ وعبد أو شاة ذكية وميتة الخ) إذا جمع في البيع بين حرّ وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا أعني سواء فصل الثمن أو لم يفصل عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد : إن سمي لكل واحد ثمنا مثل أن يقول اشترتهما بألف درهم كل واحد منهما خمسمائة جاز العقد في العبد والذكية (وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بخصته من الثمن عندهم خلافا لزفر رحمه الله فيهما) أي في العبد والمدبر ، أو في الجمع بينهما جميعا (ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر ، فإن قيل : متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع المدكي كبيع القن مع المدبر . أجب بأنه ليس بمجتهد فيه بل خطأ بين مخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - حتى أن القاضي إذا قضى بحله لا ينقد القضاء فكان بمنزلة من جمع بين الحرّ والعبد في البيع (لزفر الاعتبار بالفصل الأول : يعني بين الحرّ والعبد بجماع انتفاء المحلبة في حق الجميع . ولأبي يوسف ومحمد : إذا سمي لكل ثمنا أن الفساد بغير المفسد إذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما إذا جمع بين الأجنبية وأخته في عقد النكاح ، بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد لأن ثمن العبد مجهول .

وهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن ، كن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح ، بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد منهما لأنه مجهول : ولأبي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد وهذا شرط فاسد ، بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة ، وأما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير بإجازته ، وفي المكاتب برضاه في الأصح ، وفي المدبر بقضاء القاضي ، وكذا في أم الولد عند

ليس بمال (ولهما) في الأول (أن الفساد لا يتعدى) محل المفسد ، وبعد تفصيل الثمن يقتصر المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى إلى غيره لأنه حينئذ بلا موجب ، لأن كلا منهما قد انفصل عن الآخر بتفصيل الثمن ، ألا يرى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر لو كان كل منهما عبداً وصار كما لو جمع بين أخته وأجنبية في عقد النكاح ، بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل منهما لأن الفساد حينئذ في القن لجهالة ثمنه (ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين) أعني الجمع بين الحر والعبد والجمع بين الأجنبية وأخته والمدبر والعبد (أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً والبيع صفقة واحدة) بدليل أنه ليس للقبول أن يقبل في أحدهما بعد جعل قبول العقد في كل شرطاً في بيعه الآخر فقد شرط في قبول العقد قبوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد (بخلاف النكاح فإنه لا يبطل بالشرط الفاسد ، أما بيع هؤلاء موقوف) على القضاء في المدبر ورضا المكاتب في الأصح خلافاً لما روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف وإجازة ذلك الغير (فقد دخلوا في العقد لقيام المالية) على قول بعض المجتهدين في أم الولد

ولأبي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل أن المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر ، وإذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصبح فيه العقد شرطاً لصحة العقد فيما يصبح فيه فكان شرطاً فاسداً ، وفيه نظر . أما أولاً فلأنه إذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطاً للبيع في العبد . وأما ثانياً فلأن الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربا ، وليس في قبول العقد في الحر منفعة لأحدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطاً فاسداً . وأما ثالثاً فلأن قبول العقد في الحر إنما يكون شرطاً لقبول العقد في العبد إذا صح الإيجاب فيهما لئلا يتضرر البائع بقبول العقد في أحدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر . وأجيب عن الأول بأن الصفقة متحدة في مثله إذا لم يكرر البيع أو الشراء ، وقد تقدم في أول البيوع . وعن الثاني بأن في قبول العقد في الحر منفعة للبائع ، فإنه إذا باعهما بألف والحر ليس بمال يقابله بدل فكانه قال بعث هذا العبد بخمسمائة على أن يسلم إلى خمسمائة أخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربا . وعن الثالث بأن الإيجاب إذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعاً فلا يكون فيما نحن فيه ، وإذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب زفر عن التسوية بينهما (قوله بخلاف النكاح) جواب عن قياسهما على النكاح بأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ، بخلاف البيع . وقوله أما البيع في هؤلاء متصل بقوله لأن الحر لا يدخل تحت العقد ، وأراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير فإنهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فإنها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان (قوله ولهذا ينفذ) يجوز أن يكون توضيحاً لقوله موقوف ، فإن البيع في عبد الغير موقوف على إجازته ، وفي المكاتب على رضاه في أصح الروايتين ، وفي المدبر على قضاء القاضي ، وكذا إذا قضى القاضي بمجواز بيع أم الولد نفذ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله خلافاً لمحمد بناء

أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء ، كما إذا اشترى عبيدين وهلك أحدهما قبل القبض ، وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا يبيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه .

أيضا فدخلت أيضا على قول أبى حنيفة وأبى يوسف (إلا أن المالك) أى مالك العبد المضموم إلى عبد البائع باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع (بعد وجوده فيما يقبله ، وهذا في أم الولد بناء على صحة القضاء ببيعها عندهما خلافا لمحمد . وهو بناء على أن إجماع التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقوى لرفع خلاف الصحابة . وعند محمد نعم ، فلذا صح القضاء ببيعها عندهما نظرا إلى الخلاف . وعنده لا نظرا إلى الإجماع وارتفاع الخلاف ، مع أن قول عبيدة لعلى رضى الله عنه لما قال بدا لي رأى أنهم يعين فقال رأيك في الجماعة أحب إلينا من رأيك وحلك ، ظاهر في أن أكثر الصحابة كانوا على منع بيعها أو كلها إلا عليا . وقد ذكر الكرخي رجوع أبى يوسف في مسألة الطوق والحارية إذا باعهما بثمن مؤجل كما سيجيء في الصرف ، فاستدلوا به على رجوعه في هذه المسائل إذ الفرق بينهما لا يتضح ، كذا في المبسوط : قيل ينبغي أن يكون الجمع بين متروك التسمية عامدا وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبر على قول أبى حنيفة لضعف الفساد في متروكها والاجتهاد . أوجب بالفرق بأنه لا يحل بالقضاء ، ويصح بيع المدبر به ، والاجتهاد فيه غير معتبر بل نفس الاجتهاد خطأ لمصادمته ظاهر النص . هذا ، وقد يجعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف في تعدد الصفقة واتحادها ، فقد تقدم أول كتاب البيع أن تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله . وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار لفظ البيع . وما في الأخير أن البائع إذا فصل الثمن وسمى لكل ثمنًا على حدة واتحد الباقي كانت الصفقة متحدة هو على قول أبى حنيفة : وأورد من قبلهما أن قبول العقد فيما لا يصبح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفسدا ، أوجب بمنع اشتراط النفع في إفساد الشرط أولا وليس بشيء ، ثم لو سلم ففيه نفع لأن في قبوله قبول بدله وهو مال متقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خاليا عن العوض فيكون رباؤه وقوله (وكان هذا) يعنى رد البيع (إشارة إلى البقاء) يعنى دخولهم تحت البيع لأن رد البيع بدون انعقاده لا يصبح ، وإذا خرجوا بعد دخولهم لا يكون فيه بيع بالحصة ابتداء بل بقاء كما إذا باع عبيدين وهلك أحدهما قبل القبض يفسخ البيع فيه وحده وتجب حصة الآخر من الثمن ، وإذا كان المدبر وما معه محلا للبيع لم يكن جمعه مع القن يتضمن اشتراط قبول العقد في غير المبيع .

على أن الإجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الإجماع فلا ينفذ ، وعندهما لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ فقد عرف ذلك في أصول الفقه . فإن قيل : كيف يصح قوله موقوف وقد قال في أول الباب وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل ؟ فالجواب أنه باطل إذا لم يميز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع المدبر وأم الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك ، ويجوز أن يكون توضيحا لقيام المالية ، فإن الإجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله ، وإذا نفذها هنا عرفنا المحلية فيها ولا محل للبيع إلا بقيام المالية فعرفنا أنهم دخلوا في العقد فكان الواجب أن لا يكون العقد فيهم فاسدا ، إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع ، وهذا أى الرد بالاستحقاق لا يكون إلا في البقاء ، فكان كما إذا اشترى عبيدين وهلك أحدهما قبل القبض بقى العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة ، وهذا أى الجمع بين القن وأحد المذكورين لا يكون شرطا للقبول في غير المبيع ولا يبيعا بالحصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم في المبيع ، ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه : أى فيما إذا جمع بين القن والمدبر .

(فصل في أحكامه)

(وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمت قيمته)

[فروع] في الكافي جمع بين وقف وملك وأطلق صح في الملك في الأصح . وقال الحلواني : يفسد فيهما ثم رجع وقال : جاز في الملك كما في العبد والمدبر . ولوباع كرما فيه مسجد قديم ، إن كان عامرا يفسد البيع وإلا لا ، وكذا في المقبرة . ولو اشترى دارا فيه طريق للعزمة لا يفسد البيع والطريق عيب . ولو اشترى دارا بطريقها ثم استحق الطريق ، إن شاء أمسكها بمحضها ، وإن شاء ردها إن كان الطريق مختلطا بها ، وإن كان متميزا لزمه الدار بخصتها . ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود . وفي المتن : إذا لم يكن الطريق محدودا فسد البيع . والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ، ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل . وفي بعض النسخ : ولو كان مسجد جامع فسد في الكل ، وكذا لو كان مهذوما أو أرضا ساحة لا بناء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع كذا في المحتجب . والظاهر أن هذا متفرع على قول أبي يوسف في المسجد ، إلا إن كان من ريعه معلوم يعاد به . ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز البيع .

(فصل في أحكامه)

قال (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) صريحا أو دلالة كما سيأتي (وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمت قيمته) ومعلوم أنه إذا لم يكن فيه خيار شرط لأن ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ، ولا يخفى أن لزوم القيمة عينا إنما هو بعد هلاك المبيع في يده ، أما مع قيامه في يده فالواجب

(فصل في أحكامه)

وإذا قبض المشتري المبيع . لما كان حكم الشيء لكونه أثرا ثابتا به يعقبه ذكر أحكام البيع الفاسد عقبيه : والبيع عندنا ينقسم باعتبار غير مأمور إلى صحيح وفاسد وباطل وموقوف ، وعند الشافعي إلى صحيح وباطل لا غير (وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) يعني بإذنه (وفي العقد عوضان مالان ملك المبيع ولزمت القيمة) ذكر القبض لترتب الأحكام عليه ، وذكر البيع الفاسد لأن الباطل لا يفيد شيئا وإن اتصل به القبض وأمر البائع : يعني به الإذن في القبض أعم من كونه صريحا أو دلالة ، والمعنى بدلالة الإذن هو أن يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع ، فإن لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الضريح فإنه يفيد مطلقا ، وقيد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سند كرها . وقوله ملك المبيع هو قول عامة المشايخ سوى أهل العراق فإنهم يقولون المبيع في البيع الفاسد

(فصل في أحكامه)

(قوله والبيع عندنا الخ) أقول : أي ما يطلق عليه لفظ البيع (قوله غير مأمور) أقول : في أول البيع (قوله بخلاف الصريح) أقول : هنا نوع مساعة (قوله وقيد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سند كرها) أقول : ذكره بعد ورقة تخمين ، وهو قوله وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع الخ .

وقال الشافعي رحمه الله : لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك ، ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد ، ولهذا لا يفيد قبض القبض ، وصار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم . ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فوجب القول بانعقاده ، ولا خفاء في الأهلية والمحلية . وركنه : مبادلة المال بالمال ، وفيه الكلام

رده بعينه (وقال الشافعي : لا يملكه وإن قبض لأنه) أى البيع الفاسد (محظور فلا ينال به نعمة الملك ، ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد) بين المشروعية والنهي ، والمراد أن النهي يتضمن انتفاء المشروعية (ولهذا) أى كونه غير مشروع (لا يفيد الملك قبل القبض) ولو كان مشروعا لثبت قبله كما في البيع الصحيح (وصار كما إذا باع الخمر بالميتة أو باع الخمر بالدراهم) فإن الاتفاق على أنه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذاك إلا لانتفاء مشروعية السبب (ولنا أن ركن العقد صدر من أهله في محله ، ولا خفاء في الأهلية ولا في المحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام) أى الكلام مفروض فيما إذا كان في العقد عوضان هما مالان . قوله (نعمة) الملك لاتنال بالمحظور . قلنا : ممنوع ، بل ما وضعه الشرع سببا لحكم إذا نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع أنه أثبت حكمه وأتمه . أصله الطلاق وضعه لإزالة العصمة ونهى عنه بوضع خاص وهو ما إذا كانت المرأة حائضا ثم رأينا أنه أثبت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر ابن عمر بالمراجعة رفعا للعصمة بالقدر الممكن وأثم المطلق فصار هذا أصلا في كل سبب شرعى نهى عن مباشرته على الوجه الفلاني إذا بوشر معه يثبت حكمه ويعصى به . وقوله النهي نسخ للمشروعية : يعنى يفيد انتفاءها مع الوصف ، فنقول : ما تريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور أو كونه لا يفيد حكمه ؟ إن أردت الأول سلمناه ومتعنا أنه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضى للنهي كما أريناك من الشرع ، وإن أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حيث مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزء الدليل : لا يقال فلا فائدة للنهي حيث أنه لأن فائدته التحريم والتأثم وهو موضع النهي فإنه للتحريم أو لذكره التحريم إذا كان ظنى الثبوت ، وهذا بخلاف ما إذا لم يكن الثابت ركن العقد بأن لم يكن مالا بأن عقد على الخمر أو الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد

مملوك التصرف لا مملوك العين وقد تقدم الكلام فيه (وقال الشافعي رحمه الله : القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لأنه محظور) والمحظور (لاتنال به نعمة الملك) لأن المناسبة بين الأسباب والمسببات لا بد منها ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد) بين النهي والمشروعية إذ النهي يقتضى القبح والمشروعية تقتضى الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكما شرعيا (ولهذا لا يفيد قبض القبض وصار كما إذا باع الخمر بالدراهم) أو الدنانير أو بالميتة وقبضها المشتري فإنه لا يفيد الملك . ولنا أن البيع الفاسد مشروع بأصله ، لأن ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من أهله ، إذ الكلام في أن لا يخلل في العاقلين مضافا إلى محله كذلك ،

(قوله وقد تقدم الكلام فيه الخ) أقول : في أوائل البيع الفاسد (قال المصنف : ولأن النهي نسخ للمشروعية) أقول : جوابه وبالله العون إن أراد بالمشروعية ترتيب الثمرات المطلوبة من النهي عنه عليه شرعا فلا نسلم ذلك ولا نسلم التضاد من النهي والمشروعية بهذا المعنى ، كيف وهو أول المسئلة ، وإن أراد بها المأذونية شرعا فسلم ، ولا يلزم من انتفاء المأذونية شرعا انتفاء ترتيب الأحكام فليتأمل (قوله أو بالميتة) أقول : ظاهر عطف على بالدرهم فلا يوافق المتن ، إذ لا تخصيص فيه للميتة يجعله ثمنا للخمر بل عام (قوله ولنا أن البيع الفاسد مشروع بأصله الخ) أقول : لعل قوله مشروع مجاز عن مفيد الملك بقريئة آخر كلامه ليوجد التلازم بين كلاميه فليتأمل (قال المصنف : وركنه مبادلة المال بالمال) أقول : يعنى حقيقته ، وإلا فركنه الإيجاب والقبول أو ما دل على ذلك (قال المصنف : وفيه الكلام) أقول : أى الكلام مفروض فيما إذا كان في العقد عوضان هما مالان .

والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه انتصور بنفس البيع مشروع ، وبه تنال نعمة الملك . وإنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء .

وبالبطل باعتبار اختلاف حكمهما تمييزاً فسمينا ما لا يفيد حكمه باطلاً وما يفيد فاسداً أخذنا من مناسبة لغوية تقدمت أول باب البيع الفاسد ، ولاخفاء في حسن هذا التقرير إن شاء الله تعالى وكفايته . وأما قول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ (النهي يقرر المشروعية لاقتضائه التصور) يريدون أن النهي عن الأمر الشرعي يقرر مشروعيته لأن النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه وإلا لم يكن للنهي فائدة فليس بذلك لأن كونه يقتضي تصور المنهي عنه بمعنى إمكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد ، فإنه إذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع . وإن أرادوا تصوره شرعياً : أي مأذونا فيه شرعاً فممنوع ، وإن قالوا نريد تصوره مشروعاً بأصله لأمع هذا الوصف الذي هو مثير للنهي . قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه . والمشروع وهو أصله بمعنى البيع مطلقاً عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام أصلاً إذ نسلم أنه مشروع بأصله : أعني ما لم يقرب بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيئاً ، وحينئذ فقول (فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك) يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي أو ما فيه ؟ إن قلت : الذي ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا ينال به نعمة الملك فيحتاج لما قررناه من منع أن السبب إذا كان مع النهي لا يفيد الملك إلى آخر ما ذكرنا . وأما قوله (وإنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء) فالمراد أن يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين المنهي عنه كما إذا كان مع عدم ثبوت الركن وإلا فالنهي للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر ، والنهي للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر . هذا إلا أني أقول وبالله التوفيق مع ذلك : إن الحمر والخنزير ليسا بمال في شريعتنا ، فإن الشارع أهانهما بكل وجه حتى لعن حاملهما ومعتصرهما مع أنها مقصودة

وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيد . لا يقال قد يكون النهي مانعاً عن ذلك ، لأن النهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره فيثاب وبين أن يأتيه فيعاقب عابه . فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك ، لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي فجعلناه في وصفه مجاوراً كما في البيع وقت النداء عملاً بالوجهين ، وقد قررنا هذا في التقرير على وجه أتم . واعترض بأن المحظور في البيع وقت النداء مجاور ، وأما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصفاً فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحاً ، وأيضا الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد . وأجيب بأن غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان أن المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم ، والمجاور جمعا والمتصل وصفاً سيان في ذلك وبأن غرضه أن يحكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان طالع

(قال المصنف : والنهي) أقول : معارضة للدليل الثاني (فإن المصنف : يقرر المشروعية) أقول : بمعنى ترتب الأحكام المطلوبة منه عليه شرعاً لا بمعنى المأذونية شرعاً (قال المصنف : لاقتضائه التصور الخ) أقول : يعني تصوره موجوداً شرعاً تصوراً مطابقاً للواقع ، فإذا كان موجوداً شرعاً يترتب عليه الآثار والأحكام المطلوبة إذ هو معنى الوجود الخارجي على ما بين في موضعه (قال المصنف : فنفس البيع) أقول : مع قطع النظر عن وصفه (قال المصنف : مشروع) أقول : أي مأذون فيه ، فقوله بنفس البيع مناقضة وإشارة إلى الجواب عن دليل الشافعي والفاء ليست للتفريع بل عاطفة للتعقيب الذكري (قوله قد يكون النهي مانعاً عن ذلك) أقول : أي عن المشروعية (قوله لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي) أقول : قوله مقتضى النهي حال .

ولأنما لا يثبت الملك قبل القبض كى لا يؤدى إلى تقرير الفساد المجاور إذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى ، ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة

حال الاعتصار : بل الموجود حينئذ نية أن يصير خرا وبائعها وآكل ثمنها وهى مال فى شرع أهل الكتاب على زعمهم ، وحيث أمرنا أن نتركهم وما يدعون فقد أمرنا باعتبار بيعهم إياها وبيعهم بها ، فإذا كان أحد العوضين خرا أو خنزيرا فى بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك فى البديل الآخر وإن كان ثمنا ، وإن كان فى بيعهم فصحيح ، والله أعلم . وقوله (وإنما لا يثبت الملك قبل القبض إلى آخره) جواب عن مقدّر هو أنه إذا كان هذا البيع يفيد حكمه فما وجه تراخيه عنه إلى وقت القبض ؟ فأجاب : وحاصل الوجه فيه أنا قد أريناك أنه بسبب محذور وأن ما هو بسبب محذور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وإن ترتب حكمه كما أمر بمراجعة الخائض فوجب ذلك فى البيع ، وحيث أمرنا بإعدامه بعد فعله صار فيه ضعف ، ورأينا حكم السبب قد يتأخر عنه فى الشرع بسبب من الأسباب فأخبرناه إلى القبض ، فإنه به يتأكد العقد فيوجب حينئذ حكمه كالهبة لما ضعف السبب فلم يثبت الملك فيها إلا بالقبض . وقوله (كى لا يؤدى إلى تقرير الفساد) أى إلى زيادة تقريره ، فإن المبادرة إليه تزيد وجودا مع أنه واجب الرفع فلا يفعل ذلك .

التقرير تطلع على ذلك (قوله وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كى لا يؤدى إلى تقرير الفساد) جواب عن قوله ولهذا لا يفيد قبل القبض ، وتقرير ذلك أنه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لأنهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لأنه واجب الرفع بالاسترداد ، وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره ، وإذا كان واجب الرفع بالاسترداد : يعنى إذا كان المبيع مقبوضا فلا يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة أحد المتعاقدين أولى لكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والإحضار والتسليم والتسليم . ثم الرفع بالاسترداد . وعورض بأنه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده ، لأن كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط ، وبأنه لو أفاد بعد القبض كان تقرير الفساد . والجواب عن الأول أنه ممنوع وإلا لزم أن يكون الشيء مع غيره كالشئ لأمع غيره وهو محال ، وخيار الشرط إنما استوى فيه القبض وعدمه لأن ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى ، لأنه يقول على أنى بالخيار ، والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده ، وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه . فلم يلزم أن يكون الشيء مع غيره كالشئ لأمع غيره لأن الشرط أهدر الغير : أعنى القبض . وعن الثانى أن تقرير الفساد بعد القبض يثبت فى ضمن الضمان ، فإن القبض يوجب الضمان فإن لم ينتقل الملك من المضمون له إلى الضامن لاجتماع البدلان فى ملك شخص واحد وهو لا يجوز ، والضمينات لا تعتبر بها (قوله ولأن السبب) دليل آخر على إفادة البيع الفساد الملك بعد القبض . ووجهه أن السبب : يعنى البيع الفاسد (قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتاده بالقبض فى إفادة الحكم لأن للقبض شيها بالإيجاب

(قوله لأنهما من مواجب العقد) أقول : الظاهر أن يقول من مواجب الملك إلا أنه أراد بالمعنى الملك الثابت به مجازا كما فى : رعيانا غيثا (قوله والجواب عن الأول أنه ممنوع الخ) أقول : لا يرد عدم ثبوت الملك بالقبض فى البيع الباطل لكونه كلاما على السند (قوله لأن الشرط أهدر الغير) أقول : وللخصم أن يقول إن الفساد أهدر الغير أيضا (قوله فإن القبض يوجب الضمان) أقول : إن أراد بعد الهلاك فلم وليس الكلام فيه ، وإن أراد حين قيام المبيع أو أهم ممنوع بل الواجب رد عينه فلا يلزم اجتماع البدلين فى ملك شخص ، ولو صح ما ذكره الملك المقصوب بالقبض لجرى ما ذكره فيه فليتأمل ، فإن جواب النقض يظهر مما سبق فى باب خيار الشرط من قوله حكما للمعاملة والمقام بعد محل الكلام .

الميتة ، والميتة ليست بمال فأنعلم الركن ، ولو كان الخمر مضمنا فقد خرجناه وشيء آخر وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مضمنا . ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر ، إلا أنه يكفي به دلالة كما إذا قبضه في مجلس العقد استحسانا ، وهو الصحيح لأن البيع تسليط منه على القبض ، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينه كان بحكم التسليط السابق ، وكذا القبض في الهبة

وقوله (وإن كان الخمر مضمنا فقد خرجناه) يريد ما قدمه من بطلان البيع إذا كانت مبيعا لأن في جعلها المقصود بالعقد إغزازا لها . وقوله (وشيء آخر) أي وجه آخر لبطلان العقد إذا كانت مبيعة ، وهو أن الواجب حينئذ تسليم قيمة الخمر لأن المسلم ممنوع عن تسليمها وتسلمها ، والقيمة لا تكون إلا دراهم أو دنانير فتصير القيمة مبيعة لقيامها مقام مبيع ، وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من أن المقابل للسلع من النقود ثمن : لا يقال : لا مانع من ذلك : فإن الدراهم والدنانير إذا قوبلت بمثلها صار كل منهما مبيعا وثمنا ، والخمر قد قوبلت بالدراهم فإذا نزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابلة بدراهم . لأننا نقول : الثابت هنا كون كل مبيعا وثمنا ، وهنا يلزم مبيعا ليس غير . وقد يقال : لما كان الواجب بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها آل إلى الصرف فتكون القيمة مبيعا وثمنا كالقيمة التي يدفعها المشتري (ثم شرط) في الملك (أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر) من المذهب (إلا أنه يكفي بالإذن دلالة كما إذا) اجتره (قبضه في مجلس العقد) ولم يمنعه البائع (استحسانا ، وهو الصحيح لأن البيع تسليط منه على القبض ، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينه كان بحكم التسليط السابق) أما إذا كان أمره بالقبض فإنه يملكها ، ولو كان القبض مع غيبة البائع ، ولو قيل لانسلم أن هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن إفادة حكمه بنفسه وهذا هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة . فالجواب أن ضعفه إنما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرد لامنع قبضه مطلقا ، وصار كالهبة

فصار كأن إيجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه إلى ما يعضده العقد من القبض (قوله والميتة ليست بمال) جواب عن قياس الحصم المتنازع فيه على البيع بالميتة . وتقريره أن الميتة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ، ولو كان الخمر مضمنا وهو ما إذا اشترى الخمر بالدراهم فقد خرجناه : يعني في أوائل البيع الفاسد وأراد به ما قاله ، وأما بيع الخمر والخنزير إن كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما إذا كان الخمر مضمنا بطلان البيع في المتنازع فيه وفي شيء آخر : أي دليل آخر سوى ما ذكرنا هناك وهو أن العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لأن المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها ، فلو قلنا بانعقاد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة مضمنا لأن كل عين يقابله الدراهم أو الدينير في البيع هو مضمون لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا . ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات فالقول به تغيير للمشروع فحكمنا ببطلانه (قوله ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع) إشارة إلى صحة الإذن بالدلالة ، كما إذا قبضه بمجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينه فإنه يصح استحسانا (قوله وهو الصحيح) احتراز عما ذكره صاحب الإيضاح ، وسماه الرواية للمشهوره فقال : وما قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض ،

(قوله بإذن البائع ، إشارة إلى صحة الإذن) أقول : في حصول الإشارة بما ذكره خفاء ، ولعل مراده هذا القول الخ (قوله كما إذا قبضه) أقول : ينبغي أن تكون الكاف زائدة على ما يدل عليه تفسيره الإذن دلالة في أول الفصل .

في مجلس العقد يصح استحسانا ، و شرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نقي الثمن ، وقوله لزمته قيمته ، في ذوات القيم ، فأما في ذوات الأمثال فيلزمه

في ضعف السبب مع أن القبض فيها (في مجلس العقد يصح استحسانا) وأثر الضعف يكفي فيه كون التسليط الذي يثبت مقيدا بالمجلس ، حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرته ولم ينه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا . وعن الهندواني أنه قال : يجب أن يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير إذنه إذا كان أدى الثمن بما يملكه البائع بالقبض أخذا من إطلاق سيأتي . وأما ما ذكر في المأذون من اشتراط إذن البائع في صحة القبض بعد الافتراق فتأويله إذا لم ينقد الثمن أو كان الثمن خيرا مثلا حتى لا يملك بالقبض ، فأما إذا ملك به فلا يحتاج إلى الإذن ويكون قبض الثمن منه إذا منه بالقبض . وفي المجتبى في التخلية اختلاف الروايات ، والأصح أنها ليست بقبض . وفي الخلاصة التخلية كالقبض في البيع الفاسد في بيع الجامع الكبير ، وفي المحيط : باع عبدا من ابنة الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله ، وفي جمع التفاريق : لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها . وقوله (فيخرج عليه) أي على اشتراط المال في البيع الفاسد عدم (البيع) وبطلانه (بالميتة والدم والحر والبيع بالريح والبيع مع نقي الثمن) كلها باطلة لعدم المال في العوض ، وقيد بنقي الثمن لأنهما لو سكتا عن الثمن فلم يذكره بنقي ولا إثبات انعقد فاسدا ويثبت الملك بالقبض موجبا للقيمة لأن مطلق البيع يقتضي المعاوضة ، فإذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكأنه باعه بقيمته فيفسد البيع . وقوله (لزمته قيمته) يعني يوم القبض . ولو زادت قيمته في يده فأتلفه لأنه إنما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب . وقال محمد : عليه قيمته يوم أتلفه لأنه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته حينئذ ، كذا في الكافي ، وهذا (في ذوات القيم ، فأما في ذوات الأمثال فيلزمه المثل)

وهذه الرواية هي المشهورة . وجه الصحيح أن البيع تسليط منه على القبض ، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينه كان بحكم التسليط سابق فيكتفي به ، وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا ، وعلى رواية صاحب الإيضاح يحتاج إلى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد ، وذلك بأن العقد إذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لأن التسليط لو ثبت إنما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب إعدامه فلم يثبت مقتضى وهو التسليط على القبض ، بخلاف ما إذا وهب فإنه يكون تسليطا على القبض استحسانا ما دام في المجلس ، لأن التصرف وقع صحيحا فجاز أن يكون تسليطا بمقتضاه ، وإنما يتوقف على المجلس لأن القبض ركن في باب الهبة وأنه ينزل منزلة القبول في حق الحكم ، فكما أن القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه ، و شرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ، فيخرج عن هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والحر والريح التي تهب والبيع مع نقي الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الأشياء سواء كانت ثمنًا أو مئمة ، لكن ذكر جهة الأثمان ليعلم أنها إذا كانت مبيعة كان البيع أولى بالبطلان . وقوله أي قول القدوري لزمته قيمته : معناه إذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعديدات المتفاوتة ،

(قوله والفاسد يجب إعدامه فلم يثبت مقتضى) أقول : في التفريق كلام ، فإن البيع الفاسد وجودا شرعيا ، ولا يكفي ذلك في ثبوت المقتضى ، ثم أقول له يجب إعدامه فلم يثبت مقتضى : يعني يجب إعدامه شرعا فلم يثبت مقتضى شرعا (قال المصنف : ليتحقق ركن البيع) أقول : يعني ليظهر تحققه ، فإن الفاسد قد يستعمل في معنى الباطل أيضا .

- ٤٩٥ -

المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب ، وهذا لأن المثل صورة ومعنى أعدك من المثل معنى . قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه) رفعاً للفساد ، وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً منه ، وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته ، وإن كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد ،

ومنها العدديات المتقاربة (لأنه مضمون بنفسه) أى بالقيمة واحترز به عن البيع الصحيح . هذا والقول في القيمة والمثل قول المشتري لأنه الضامن ، فالقول له في القدر والبيئة فيه بيئة البائع (قوله ولكل واحد من المتبايعين فسخه رفعاً للفساد) أى للمعصية فرفعه حق لله تعالى ، فإن نفس العقد مكروه والجرى على موجبته بالتصرف في المبيع تمليك أو انتفاع بوطء أو لبس أو أكل كذلك : أى يكره لما فيه من تقرير المعصية وهي كراهة التحريم . والوجه أن يكون حراماً لأن الإجماع على منعه شرعاً قطعي يوجب الحرمة ، وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية أن الواجب أن يقال : وعلى كل واحد فسخه ، غير أنه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوق تعليله أخص من دعواه . وحاصل المنقول في المسئلة أنه إذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع إلى الثمن أو الثمن كبيع درهم بدرهمين أو ثوب بخمر فيملك كل فسخه بخضرة الآخر عندهما لأنه وإن كان حق الشرع ففيه إلزام موجب الفسخ فلا يلزمه إلا بعلمه . وعند أبي يوسف بغير حضرته أيضاً ولم يحك المصنف هذا الخلاف (وإن كان الفساد بشرط زائد) كالبيع على أن يقرضه ونحوه ، أو إلى أجل مجهول فكل واحد يملك فسخه قبل القبض وأما بعد القبض فيستقل (من له) منفعة (الشرط) والأجل بالفسخ كالبائع في صورة الإقراض والمشتري في الأجل بخضرة الآخر (دون من عليه) عند محمد رحمه الله تعالى ، لأن منفعة الشرط إذا كانت عائدة عليه صح فسخه لأنه يقدر أن يسقط الأجل فيصح العقد ، فإذا فسخه فقد أبطل حقه لقدرته على تصحيح العقد ، وعندهما لكل منهما حق الفسخ لأنه مستحق حقاً للشرع فانتفى الزوم عن العقد ، والعقد إذا كان غير لازم تمكن كل من فسخه : كذا في الذخيرة والإيضاح والكافي فعلى هذا المذكور هنا قول محمد ونحوه ، وهذا إذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص ، أما إذا زاد المشتري في يد المشتري زيادة متصلة بمتولدة من الأصل أولاً أو منفصلة كذلك أو انتقص بأفة سماوية أو بفعل

فأما في ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب ، والحكم في الغصب كذلك بناء على أن المثل صورة ومعنى أعدك من المثل معنى فلا يعدل عنه إلا إذا تعدر . قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعاً للفساد الخ) لكل واحد من متعاقدي البيع القاسد له فسخ البيع رفعاً للفساد سواء كان قبل القبض أو بعده ، أما إذا كان قبل القبض فلما تقدم أنه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعاً من أن يفيد الحكم ، وأما إذا كان بعده فلا يخلو إما أن يكون الفساد في صلب العقد : أى معنى في أحد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر ، أو لشرط فاسد زائد كاشتراط ما ينتفع به أحد المتعاقدين والبيع إلى النيروز والمهرجان ونحو ذلك ، فإن كان الأول كان لكل منهما فسخه بخضرة صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لقوة الفساد . وعند أبي يوسف بخضرته وغيبته . وإن كان الثاني فلكل منهما ذلك إذا كان قبل القبض ،

(قوله فإن كان الأول كان الخ) أقول : كان الظاهر أن يقول : فإن كان الأول فذلك لقوة الفساد ، إلا أنه عدل عنه إلى ما يرى ليعد المساقعة عن قوله أما إذا كان بعده وليتعلق به قوله بخضرة صاحبه فليتدبر (قوله فلكل منهما ذلك إذا كان قبل القبض الخ) أقول : لا يخفى عليك أن الكلام فيها بعد القبض وحكم ما قبل القبض مرجع دليله ، في تقريره ركافة ظاهرة .

(٥٩ - فتح القدير حنفى - ٦)

إلا أنه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط. قال (فإن باعه المشتري نفذ بيعه) لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الأول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ،

الغير بائعا أو مشتريا أو أجنبيا فسنذكره . وقوله (إلا أنه) إلى آخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد ، وهو أنه لما كان قويا ينبغي أن لا يكون لأحد ولاية الفسخ وإن كان له منفعة الشرط . فأجاب بأن القياس ذلك ، إلا أنه لما لم يتحقق المراضاة في حقه كان له الفسخ (قوله فإن باعه) أي باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدا بيعا صحيحا (نفذ بيعه لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق) البائع الأول في (الاسترداد لتعلق حق العبد) بالعقد (الثاني ونقض الأول) ما كان إلا (لحق الشرع وحق العبد) عند معارضة حق الله تعالى (يقدم) بإذن الله لغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه وجوده وفقير العبد وضيقه ، ولا ينقض بالصيد إذا أحرم مالكة وهو في يده حيث يقدم حق الشرع على العبد . لآنا نقول : الواجب عليه إطلاقه لا إخراجه عن ملكه ، فيطلقه بحيث لا يضيع عليه ، وهذا جمع بين الحقين ولا ينقض باسترداد وارث البائع إذا مات البائع من المشتري مع أنه تعلق به حق العبد وهو الوارث لأن الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري وكان مشغولا بحق البائع في الرد فينتقل إليه كذلك ، أما الموصى له بالمبيع فكالمشتري الثاني فليس لورثة البائع استرداده منه لأن له ملكا متجددا بسبب اختياري لا بتصرف من المشتري ، ولو قيل المشتري الثاني أيضا إنما ينتقل إليه المبيع مشغولا بذلك الحق لأن ذلك كان فيه للبائع الأول وليس في قدرته أن يبطل حقه فلا يصل ما باعه إلى المشتري إلا مشغولا بذلك احتاج إلى الجواب

وأما إذا كان بعده فلهذا له الشرط أن يفسخه بحضرة صاحبه إذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص . وأما إذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب في شرح الطحاوي ، قيل المذكور في الكتاب قول محمد . ووجهه ما ذكره أن العقد قوى فكان الواجب أن لا يكون لأحد المتعاقدين حق الفسخ لكن الرضا لم يتحقق في حق من له الشرط فله أن يفسخه ، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ورحمهما الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لأنه مستحق حقا للشرع فانتفى الزوم عن العقد ، وفي العقد الغير اللازم يشمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه ، كذا في الذخيرة والإيضاح والكافي ، فإن باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لأنه ملكه بالقبض ، وكل من ملك بالقبض شيئا يملك التصرف فيه ، سواء كان تصرفا لا يشمل النقص كالإعتاق والتدبير ، أو يحتمله كالبيع والهبة . وود بأن المبيع لو كان مأكولا لم يحل أكله ، ولو كانت جارية لم يحل وطؤها ذكره في شرح الطحاوي ، فلم يملك التصرف مطلقا . وأجيب بالمنع ، فإن محمدا نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله قال لأن البائع سلطه على ذلك . وذكر شمس الأئمة الحلواني : يكره الوطء ولا يحرم ، فالمذكور في شرح الطحاوي يحمل على عدم الطيب ، ولئن سلم فالوطء مما لا يستباح بصريح التسليط فبدلته أولى ، وجواز التصرف باعتبار أصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل . وإذا كان البيع نافذا سقط حق ارتداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالمبيع الثاني ونقض البيع الأول لحق الشرع . وإذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع ، وفيه بحث لأن التصرف إن كان إجارة أو تزويجا لم يسقط حق استرداده ، وكذا إذا مات المشتري وورث وارثه

(قوله كذا في الذخيرة والإيضاح والكافي) أقول : وهو ظاهر كلام القدوري أيضا ، ولا يخفى عليك ما في دليلهما من القوة (قوله وكل من ملك بالقبض) أقول : ليس في تقييده بقوله بالقبض كثير فائدة (قوله وجواز التصرف الخ) أقول : لعل المراد من جواز التصرف هو أن يترتب عليه الأثر كقبول النسب .

ولأن الأول مشروع بأصله دون وصفه ، والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ، ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع ، بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لأن كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع .

(و) أيضا (الأول مشروع بأصله لا وصفه ، والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه) لزيادة قوته (ولأنه) أى البيع الثاني (حصل بتسليط من جهة البائع) أى البائع الأول لأن التمليك منه مع الإذن في القبض تسليط على التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني وإلا كان ساعيا في نقض ما تم به ويؤدي إلى المناقضة ، قيل عليه فعدم تمكنه من الاسترداد في بيع نفسه حينئذ أولى . والجواب أنه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا في نقض ما تم به لأن الكائن من جهته تسليط على البيع وتماه بأن يفعل المسلط ، وهذا التسليط نفسه معصية فيجعل له رحمة عليه أن يتدارك بالتوبة ، وذلك يكون قبل الفوات بفعل المسلط ، فإذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبد فقد فوت على نفسه المكنة بتقصيره ، وحقيقة الحال أن حق كل من البائع والمشتري ليس إلا لتدارك رفع المعصية بالتوبة ، ومتى أخر حتى تعلق حق عبد من المشتري والموهوب له والموصى له فقد فوته . أما الوارث فإنه مأمور بخلاص ميتة من المعصية ما أمكن فشرع له ذلك الحق لذلك . وهذا (بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة) بالبيع والهبة فإنه لا يمنع حق الشفيع ، وله أن ينقض هذه التضرفات ويأخذها بالشفعة وإن تعلق بها

المشتري وإن تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك تحكما . وأجيب عن الأول بأن الإجارة عقد ضعيف يفسخ بالأعذار وفساد الشراء عذر في فسخها كما يأتي ، ولم يذكر محمد من يفسخها . وذكر في النوادر أن القاضي يفسخها ، والتزويج يشبه الإجارة لوروده على المنفعة ، والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك ، فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم . وعن الثاني بأن ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه ، وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل إلى الوارث كذلك ، حتى لومات البائع كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد ، وهذا بخلاف ما إذا أوصى المشتري بالمشتري لشخص ثم مات حيث لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له لأن الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملك متجدد له سبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصى ولهذا لا يرد بالعيب . فإن قيل : قولهم إذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما إذا كان في يد حلال صيد ثم أحرم فإنه يجب عليه إرساله وفيه تقديم حق الشرع . أجيب بأن الواجب فيه الجمع بين الحقين لإمكانه بالإرسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فإنه إنما يصار إليه إذا امتنع الجمع (قوله ولأن الأول) دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع : ووجهه أن البيع الأول مشروع بأصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا ، والبيع الثاني مشروع بأصله ووصفه إذ لا خلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف . وحاصله أن الفاسد لا يعارض الصحيح (قوله ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع) دليل آخر على ذلك ، ومعناه أن البيع الثاني حصل بتسليط البائع الأول حيث كان القبض بإذنه ، فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل . ونوقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فإنه نقض ما تم من جهته . والجواب أنا لانسليم التمام فيه ، فإن كلا من المتعاقدين يملك الفسخ فأين التمام ، فإذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهى مقرر . وإذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك إلا منه ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته (قوله بخلاف تصرف المشتري) جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم ينقض

قال (ومن اشترى عبدا بنحمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته ، وبالإعتاق قد هلك فتلزمه القيمة ، وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على مامر ، والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان ، إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع ،

حق الغير لأن حق الشفيع وحق البائع. حق العبد فيعارضه ، ويرجع الشفيع لأنه أسبق ، ولأنه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كما في البائع . وأورد فينبغي أن يكون حق المشتري أحق من حق الشفيع لأنه ثان فيكون ناسخا . أجب بأننا إنما ينسخ إذا كان مثله في القوة والسبق من أسباب الترجيح فترجح الشفعة (قوله ومن اشترى عبدا بنحمر) المراد اشترى عبدا شراء فاسدا بنحمر أو غيره (فأعتقه أو باعه أو وهبه) وسلمه (فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا من أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته) فيه (و) إنما وجبت القيمة لأنه (بالإعتاق قد هلك) فوقع الإياس عن الاسترداد (فتعينت القيمة : وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على مامر) في المسئلة قبلها من أنه تعلق به حق العبد : أعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوت المكنة بتأخير التوبة (والكتابة والرهن) بعد قبضه (نظير البيع) يعني إذا كاتب العبد المبيع بيعا فاسدا أو رهنه فهو نظير البيع (لأنهما لازمان) لحق العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة (إلا أنه يعود بعجز المكاتب وفك الرهن) ولا فائدة في تخصيصهما بذلك ، بل يعود حق الاسترداد في البيع والهبة إذا انتقضت هذه التصرفات كالرد بالعيب والرجوع في الهبة ولو

تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع أن ينقضها . وتوجيه الجواب ما قال إن كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض أحدهما للآخر بدليل يقتضيه . وحاصله أن تعاق حق الغير إنما يمنع النقض إذا كان في مقابله ما هو مرجوح عنده ، وأما إذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لأنه عند صحة الأخذ تتحول الصفقة إليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فينقض ، ولأنه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته ، وهذا لأن التسليط إنما يثبت بالإذن أو بإثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك . قال (ومن اشترى عبدا بنحمر أو خنزير فقبضه الخ) ومن اشترى عبدا بنحمر أو خنزير فقبضه بإذن البائع وأعتقه أو باعه بيعا صحيحا وأعاده لفظ البيع كراهة أن يغير لفظ محمد رحمه الله لو تركه (أو وهبه وسلمه فهو) أي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة (أما جوازه فـ) لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض (والملك مطلق التصرف فينقد ، وأما وجوب القيمة فلما تقدم أنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب (وبالإعتاق قد هلك) فصار كمنصبوب هلك وفيه القيمة (وبالهبة) والتسليم (والبيع انقطع حق الاسترداد على مامر) آنفا من قوله لتعلق حق العبد بالثاني (والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان) فإن الرهن إذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى (إلا أن حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع) وهو تعلق حق العبد : قيل وليس لتخصيصهما في عود الاسترداد فائدة زائدة ، فإنه ثابت في جميع الصور إذا نقض التصرفات ، حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء

(قوله لأنه عند صحة الأخذ الخ) أقول : الكلام في صحة الأخذ بعد ماتعلق بالدار حق الغير . والأظهر أن يعمل الرجحان بسبق حق الشفيع كما سيأتي في كتاب الشفعة (قوله على مامر آخفا من قوله لتعلق حق العبد) أقول : والأولى أن يعمل قوله على مامر إشارة إلى الأدلة الثلاثة التي ذكرها المصنف آنفا .

وهذا بخلاف الإجارة لأنها تفسخ بالأعذار ، ورفع الفساد عذر ، ولأنها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا . قال (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) لأن المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن

بغير قضاء لأنه عاد إلى قديم ملكه . ثم حق الاسترداد إنما يعود إذا لم يقض بالقيمة على المشتري ، فإن قضى بها عليه ثم عاد إلى ملكه ليس للبائع أن يسترده لتحويل حقه من العين إلى القيمة كالعبد المغصوب إذا أبق فقضى على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس لملكه أخذه لما قلنا . وقوله (وهذا بخلاف الإجارة) فإنه إذا أجر المشتري شراء فاسدا لا ينقطع به حق الاسترداد (لأن الإجارة تفسخ بالأعذار ورفع الفساد عذر ، ولأن الإجارة تنعقد شيئا فشيئا فيكون) الاسترداد بالإضافة إلى المنافع التي لم تحدث (امتناعا) عن العقد عليها والنكاح كالإجارة لأنه عقد على منفعة ، فإذا زوج المشتري الجارية المشتراة شراء فاسدا كان للبائع أن يستردها لأن حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة ولأنه لا يفوته ملك المنفعة ، فإن مع الاسترداد النكاح قائم كما لو زوجها البائع . نعم تصير بحيث له منعها وعدم ثبوتها معه بيتا غير أنه إذا ظفر بها له وطؤها . ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسدا وأخذ المشتري الأرض أو ولدت الجارية وأخذ موجب ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه . ولو قطع الثوب وخاطه أو بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كما في الغصب ؛ ولو صبغ فغن محمد رحمه الله بخير البائع بين أخذه وإعطاء مازاد الصبغ فيه وتركه وتضمين قيمته كالغصب . والحاصل أن كل تصرف لوفعه الغاصب انقطع به حق المالك إذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد للبائع ، وذكر الكرخي أن الصبغ بالصفرة يمنع الاسترداد وعن محمد أنه كالغصب ولا يمنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترد وارثه من المشتري ، وزيادة المشتري شراء فاسدا لا تمنع الاسترداد ، إلا إذا كانت بفعل المشتري كالحياطة والصبغ ، ونقصانه بفعل المشتري أو بفعله في نفسه أو بأفة سهاوية لا يمنع فيسترده البائع مع أرش النقصان ، وليس له أن يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وإن كان بفعل أجنبي فله أن يأخذ الأرض من المشتري ، وإن شاء أخذه من الجاني ، وفي قتل الأجنبي ليس له تضمين الجاني . ولو وطئ المشتري الجارية لا يمنع الرد منه ولا الاسترداد من البائع ، فلو رد أو استرد لزمه العقر للبائع ، أما إن أتلها ضمن قيمتها (قوله وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قيل يعني القيمة التي أخذها من المشتري وليس بلازم بل قد يكون ذلك أو الثمن الذي تراضيا عليه كيف كان ليس له أخذه حتى يرد ما أخذه (لأن المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن) وعلى هذا الإجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض

بالقيمة أو رجع الواهب في حبه عاد للبائع ولاية الاسترداد لعود قديم ملكه إليه ، ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور إنما يكون إذا لم يقض على المشتري بالقيمة ، وأما إذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق إلى القيمة فلا يعود إلى العين كما إذا قضى على الغائب بقيمة المغصوب الآبق ثم عاد (قوله وهذا) أي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة (بخلاف الإجارة) فإن حق الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا (أنها تفسخ بالأعذار ، ورفع الفساد من أقوى الأعذار ولأنها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا) ولعل في الجوابين إشارة إلى المذهبين فيها . قال (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قال في النهاية : أي القيمة التي أخذها من المشتري وليس بواضح ، بل المراد به ما أخذه البائع في مقابلة المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة ، وهذا الحكم ثابت في الإجارة الفاسدة أيضا وغيرها (فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض) فكان له ولاية أن لا يدفع المبيع إلى أن يأخذ الثمن

(ر قوله بل المراد به ما أخذه البائع في مقابلة المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة) أقول : فيه بحث .

(وإن مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفى الثمن) لأنه يقدم عليه في حياته ، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ، ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها تتعين في البيع الفاسد ، وهو الأصح لأنه بمنزلة الغصب ، وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا ، قال (ومن باع دارا يبيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها) عند أبي حنيفة رحمه الله ، رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية .

الفاسد اعتبارا بالعقد الجائر إذا تفاسخا فللمستأجر أن يجلس ما استأجره حتى يأخذ الأجرة التي دفعها للمؤجر ، وكذا المرتن حتى يقبض الدين لأن هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين البديلين (ولومات البائع) يبيعا فاسدا أو المؤجر لإجارة فاسدة أو الراهن أو المقرض كذلك ، فالذي في يده المبيع أو الرهن أحق بثمنه من غرماء المبت (لأنه مقدم عليه في حياته ، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته) إلا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما أعطى فما فضل للغرماء ، بخلاف ما إذا مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين أو الوديعه من المحال عليه فإنه لا يختص المحتال بدين الحوالة أو الوديعه مع أن دين المحيل صار مشغولا بحق المحتال كما في الرهن ، لأن الاختصاص إنما يوجب ثبوت الحق مع اليد لا مجرد الحق . ولا يد للمحتال (ثم إن كانت دراهم الثمن) التي دفعها (قائمة يأخذها) المشتري (بعينها لأنها تتعين في البيع الفاسد وهو الأصح) خلافا لما ذكر أبو حفص أنها لا تتعين كما في البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف ، ورواية أبي سليمان تتعين وهو الأصح ، لكن سيأتى ما يقوى رواية أبي حفص (لأن البيع الفاسد بمنزلة الغصب) والثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب (وإن كانت مستهلكة) قال المصنف رحمه الله تعالى (له أخذ مثلها) وكذا ذكر قاضيه خان . وذكر في الفوائد الظهيرية وفخر الإسلام وجماعة من شروح الجامع الصغير أنه يباع المبيع لحق المشتري ، فإن فضل شيء عما دفعه بصرف إلى الغرماء ، ولا شك أنه غير لازم لأن الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه المستهلك وهو الدراهم (قوله ومن باع دارا يبيعا فاسدا فبناها المشتري) أو غرس فيها أشجارا (فعليه قيمتها) وانقطع حق البائع في استردادها بالبناء والغرس

من البائع كما في الرهن ، لكنه يفارقه من وجه آخر وهو أن الرهن مضمون بقدر الدين لا غير ، وهاهنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب (وإن مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفى الثمن لأنه يقدم عليه حال حياته) لما تقدم من أن للمشتري حق منع البائع من المبيع إلى أن يأخذ ما أدى إليه ، وكل من يقدم عليه حال حياته يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتن ، فإن الراهن إذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتن أحق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفى الدين (ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها) فيه (تتعين) بالتعيين على رواية أبي سليمان (وهو الأصح) وعلى رواية أبي حفص لا تتعين ، والقبض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم إلى أجل في تعيين المقبوض للرد على الروايتين . وجه رواية أبي حفص الاعتبار بالمبيع الصحيح . ووجه رواية أبي سليمان ما ذكره المصنف أن الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونها مقبوضين لاعلى وجه مشروع . وقيل في حكم النقص والاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للرد يجب رد عينها إذا كانت قائمة (وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا) أنه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك . وذكر في الفوائد الظهيرية أن المبيع يباع لحق المشتري . فإن فضل شيء يصرف إلى الغرماء كما في بيع الرهن بالدين . قال (ومن باع دارا يبيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند أبي حنيفة .

(قوله والقبض الفاسد ، إلى قوله : على الروايتين) أقول : قوله والقرض مبتدأ ، وقوله على الروايتين خبره .

(وقالاً : ينقض البناء وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف . لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطل بالتأخير ، بخلاف حق البائع ، ثم أضعف الحقين لإبطل بالبناء فأقواهما أولى . وله أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع ، بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري ويبيعه فكذلك ببنائه .

(وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء) ويقلع الغرس (وتسرد الدار . لهما أن حق الشفيع) في الدار التي يستحق فيها الشفعة (أضعف من حق البائع) بيعا فاسدا في الاسترداد بدليل أنه (يحتاج) في ثبوت الملك له في الدار (إلى القضاء ويبطل بالتأخير) بعد العلم ولا يورث ، وحق هذا البائع في الاسترداد لا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتأخير ويثبت لورثته (و) الاتفاق على أن (حق الشفعة الأضعف لإبطل بالبناء) والغرس (فأقواهما) وهو حق البائع (أولى) أن لا يبطل بهما فيثبت بدلالة ثبوته (ولأبي حنيفة أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع) به (حق الاسترداد كالبيع) والهبة (بخلاف حق الشفيع فإنه) وإن كان أضعف (لم يوجد) ما يبطله وهو تسليطه على الفعل : أعنى البناء فيعمل بمقتضاه وهو النقض والقلع (ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة) أيضا

وقال أبو يوسف ومحمد : ينقض البناء وترد الدار) وكذا إذا اشترى أرضا وغرس فيها . وذكر في الإيضاح أن قول أبي يوسف هذا هو قوله الأول وقوله آخر مع أبي حنيفة (لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع لأنه يحتاج فيه إلى القضاء) أو الرضا (وبطل بالتأخير) ولا يورث (بخلاف حق البائع) فإنه لا يحتاج إلى ذلك ، وقد تقدم أن البائع بيعا فاسدا إذا مات كان لورثته الاسترداد ، والأضعف إذا لم يبطل بشيء فالأقوى لا يبطل به وهو بديهي ، وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس فحق البائع كذلك (ولأبي حنيفة أن البناء والغرس حصل للمشتري بتسليط من جهة البائع) وكل ما هو كذلك (ينقطع به حق الاسترداد كالبيع) الحاصل من المشتري (بخلاف الشفيع إذ التسليط لم يوجد منه) ولهذا لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع ، وكذا لو باعها من آخر فإنه يأخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالتمن أو بالأول بالقيمة وإن كان لا شفعة في البيع الفاسد لأن حق البائع قد انقطع هاهنا ، وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه أقوى من حق البائع لوجوده منه ، وهذا التقرير يثبت أن قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في الحجة . قيل : وإنما أدخله فيها إشارة إلى الاحتراز عن الإجارة ، فإن البناء والغرس بالإجارة لا يقصد بهما الدوام ، ولعله ذكره لأن يلحقه بالبيع في كونه منبها مقررًا لأنه لما قصد به الدوام أشبه البيع فكان متبها للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع ، وإذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري . واعترض بأنه إذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بالطريق الأولى لأن فيه إعدام الفاسد . وإذا توهم ما ذكر فليس بوارد ، إذ البائع مسلط دون الشفيع ، ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفت الأولوية وبطلت الملازمة . واعترض أيضا بأنه إذا نقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود المقتضى وهو العقد الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء ، كما إذا باع المشتري شراء فاسدا بيعا صحيحا ورد عليه المبيع بما هو فسخ . وأجيب بوجود مانع آخر فإن المانع من الاسترداد إنما ينتفي بعد ثبوت الملك للشفيع وأنه مانع آخر من الاسترداد ، وهذا لأن النقض إنما وجب ضرورة إبقاء حق الشفيع فصار النقض مقتضى صحة التسليم إلى الشفيع فلم يجوز أن يثبت المقتضى على وجه يبطل به المقتضى وهو التسليم إلى

وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف .

بل يأخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لأن البيع ليس بتسليط منه . وهذه المسئلة من المسائل التي أنكر فيها أبو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور في الجامع ؛ فقول المصنف (وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية عن أبي حنيفة) بذلك ، قالوا إنه شك في حفظ الرواية عنه لا في مذهبه : يعني أن مذهبه معروف أنه لا ينقض البناء ولكن تجب القيمة على المشتري (فإن محمدا نص على) هذا (الاختلاف في كتاب الشفعة) فإنه قال : إذا بني في الدار المشتراة شراء فاسدا فالشفيع الشفعة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما لاشفعة ، فهذا دليل على أن الرواية عن أبي حنيفة ثابتة لأن حق الشفعة في الدار المبعة بيعا فاسدا مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد ، فلو لا قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب الشفعة فيها ، غير أن حكاية شمس الأئمة قول أبي يوسف لمحمد ما رويت لك عن أبي حنيفة أنه يأخذ قيمتها وإنما رويت لك أنه ينقض البناء فقال بل رويت لي أنه يأخذ قيمتها صريح في الإنكار لافي الشك ، وصريح في أنه ينقل عن أبي حنيفة ما يوافق مذهبهما وعدم الخلاف : وقول المصنف (فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف) معناه أن حق الشفعة وجودا وعدما مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وجودا وعدما ، فوجوده مبني على عدمه وعدمه مبني على وجوده ، وعلى هذا فثبوته على الاختلاف بالحر . وجماعة من الشارحين قالوا : وثبوته بالرفع مبتدأ وعلى الاختلاف خبره ، وهو عطف على مبني والمعنى ثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت حق الشفعة على الخلاف ، فعنده يثبت حق الشفعة فهو قائل بأنه ينقطع ، وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد ، والأقرب أن الأوجه ثبوته بثبوت انقطاع حق البائع في الاسترداد ، والمعنى حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء

الشفيع . روى وجوب القيمة في هذه المسئلة عن أبي حنيفة ويعقوب رحمه الله ، ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن أبي حنيفة لا في مذهبه . والدليل على أن مذهبه ذلك تنصيص محمد رحمه الله على الاختلاف في كتاب الشفعة أن عند أبي حنيفة للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري شراء فاسدا وبني فيها أو غرس ، وعندهما لاشفعة للشفيع فيها وحق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء والغرس وثبوته مختلف فيه ، فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع ، ومن قال بانتفائه قال بعدم انقطاع حق البائع لأن وجود الملزوم بدون لازمه محال ، وعلى هذا فمن حفظ مذهب أبي حنيفة في ثبوت الشفعة لا يشك في انقطاع حق البائع في الاسترداد فلم يبق الشك إلا في روايته عنه لمحمد رحمه الله . قال شمس الأئمة السرخسي : هذه المسئلة هي المسئلة الثالثة التي جرت المحاورة فيها بين أبي يوسف ومحمد . قال أبو يوسف : ما رويت عن أبي حنيفة أنه يأخذ قيمتها ، وإنما رويت لك أن ينقض البناء . وقال محمد : بل رويت لي عنه أنه يأخذ قيمتها ، وهذا كما ترى يشير إلى أن الشك كان في الرواية حيث لم يقل مذهب أبي حنيفة كذا ، وإنما قال ما رويت وفيه تأمل . ولما كان هذا الموضع محتاجا إلى توكيد كرر المصنف قوله (شك يعقوب في الرواية) وفي كلامه نوع انغلاق لأنه قال : رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ، والراوى في الجامع الصغير عنه محمد لأنه تصنيفه ، إلا إذا أريد بالجامع الصغير المسائل

(قوله وفيه تأمل) أقول : لأنه إنما قال ما رويت لأن النزاع كان في الرواية لا في المذهب ، فيجوز أن يكون الشك في المذهب أيضا ، بل لا يبعد أن يقال ذلك هو الظاهر . ثم قوله (ما رويت) صريح في أن الرواية لا في الشك فيها ، إلا أن يراد بالشك خلاف اليقين مطلقا .

قال (ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضاً فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيّب للبائع ما ربح في الثمن) والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبيث في الربح ، والدراهم والدنانير

وثبت انقطاعه به على الخلاف عندهما لا ينقطع فله القلع والهدم ، وعنده ينقطع فلا يسترد . واتفقت الروايات أن طلب حق الشفعة في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء . وأورد على أبي حنيفة لما وجب نقضهما لحق الشفعين وفيه تقرير للفساد فأولى أن يجب نقضهما لحق البائع وهو أقوى وفيه إعدام الفساد . أجيب بمنع الملازمة ، فإن البائع جان ولا جناية من الشفعين فلا يلزم من النقض لأجل من لا جناية منه النقض لمن جنى . فإن قيل : إذا نقض البناء والغرس لأجل الشفعين ينبغي أن يعود حق البائع في الاسترداد ، كما إذا فسخ البيع عن العبد . أجيب بأن المانع من الاسترداد إنما يزول بعد ملك الشفعين فيثبت حق نقض البناء والغرس حكماً للملك . هذا وقولهما أوجه لأن قول أبي حنيفة إن البناء مما يقصد به الدوام يمنع للاتفاق في الإجارة على إيجاب القلع ، فظهر أنه قد يراد للبقاء وقد لا . فإن قال المستأجر يعلم أنه يكلف القلع ففعله مع ذلك دليل على أنه لم يرد البقاء . قلنا : المشتري شراء فاسداً أيضاً يكلف القلع عندنا ، وقولكم لا يلزم ذلك محل النزاع فأقل الأمر أن يعلم الخلاف ، ويجوز أن يكلف النقض ففعله مع ذلك دليل قصده عدم البقاء لإلادة ما . وأما تعليل بعضهم له بأنه اتصل به حق العبد فصار كالبيع فبعيد عن الصواب ، لأن ذلك فيما إذا كان العبد عبداً آخر اشتراه ممن اشتراه فاسداً أو قبل الهبة فيه بطريق صحيح ، وما نحن فيه نفس العاقد الجاني بعقده هو الذي بنى فلا يستحق بجنايته ، وفعله المقرر لمصيبته أن يقطع حق القاصد للتوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى ، بخلاف ما إذا اتصل به حق من لا جناية منه فإنه جلّ وعلا أذن في تقديم حقه (قوله ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضاً فباعها) المشتري (وربح فيها تصدق بالربح ويطيّب لبائعه ما ربح في الثمن) الذي قبضه من المشتري إذا عمل فربح ، والأصل في هذا أن المال نوعان : نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدرهم والدنانير ، ونوع يتعين وهو ما سواهما . والخبيث نوعان : خبيث في البذل لعدم

التي رواها يعقوب عن أبي حنيفة لمحمد : قال (ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضاً) اعلم أن الأموال على نوعين : نوع لا يتعين في العقد كالدرهم والدنانير ، ونوع يتعين كخلافهما . والخبيث أيضاً على نوعين : خبيث لفساد الملك ، وخبيث لعدم الملك . فأما الأول فإنه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين . والثاني يؤثر فيهما جميعاً . وإذا ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضاً فباعها وربح فيها تصدق بالربح وإن اشترى البائع بالثمن شيئاً وربح فيه طاب له الربح لأن الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها ويؤثر الخبيث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يؤثر الخبيث فيه لأنه لفساد الملك لا لعدمه ، ومعنى عدم التعيين فيها أنه لو أشار إليها وقال اشتريت منك هذا العبد بهذه الدراهم كان له أن يتركها ويدفع إلى البائع غيرها لما أن الثمن يجب في ذمة المشتري لا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار إليها في البياعات ، وهذا إنما يستقيم على الرواية الصحيحة ، وهي أنها لا تتعين لأعلى الأصح وهي التي تقلعت أنها تتعين في البيع الفاسد لأنها بمنزلة المغصوب . ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها أو غصب دراهم وأدى ضمانها واشترى بها شيئاً وباعه وربح فيه تصدق بالربح

(قوله وهذا إنما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي أنها لا تتعين الخ) أقول : فيه بحث ، فإن عدم التعيين سواء كان في المغصوب أو ثمن المبيع الفاسد إنما هو في العقد الثاني ولا يضر تعيينه في الأول ، فتقوله إنما يستقيم الخ فيه ما فيه (قوله لأعلى الأصح وهي التي تقلعت الخ) أقول : يعني تقدم ذكرها بورقة تخميناً بقوله ثم إذا كانت دراهم الثمن قائمة بأخذها بعينها لأنها فيه تعيين بالتعيين على رواية أبي سليمان وهو الأصح . (٦٠ - فتح القدير حتى - ٦٠)

لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بغيتها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصديق ، وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك ، أما الخبث لعدم الملك فعند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة ، وفيما لا يتعين شبهة من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن ، وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة ، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها .

الملك في المبدل ، وخبث لفساد الملك . فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين حتى إن الغاصب أو المودع إذا تصرفا في المخصوص والوديعة وهما عرض أو نقد وأديا ضمانهما وفضل ربح وجب التصديق به عند أبي حنيفة ومحمد لأنه بدل مال الغير فيما يتعين فيثبت فيه حقيقة الخبث ، وفيما لا يتعين إن لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لأن العقد لا يتعلق به بل بمثله في الذمة ، لكنه إنما توسل إلى الربح بالمخصوص أو الوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع أن نقد الدراهم المخصوصة أو تقدير الثمن إن أشار إلى الدراهم المخصوصة ونقد من غيرها فيتصدق به لأن الشبهة معتبرة كالحقيقة في أبواب الربا ، والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث ، وهو ما يتعين كالجارية في مسئلتنا ويتعدى إلى بلها ، وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو مالا يتعين ، وشبهة الشبهة غير معتبرة لأن اعتبار الشبهة خلاف الأصل بالنص وهو نهيه عن الربا والريبة فلا يتعدى ، وإلا اعتبر مادونها كشبهة شبهة الشبهة وهلم فينسب باب التجارة وهو مفتوح ، فلذا قال : يتصدق المشتري بالربح فيها ويطيّب للبائع ما ربح في الثمن ، ولا شك أن هذا إنما هو على الرواية القائلة : إنه لا يتعين النقود في البيع الفاسد ، أما على الرواية القائلة تتعين فتحكم الربح في النوعين كالغصب لا يطيب ، وقد ذكر المصنف أن رواية التبعين في البيع الفاسد هو الأصح ، فحينئذ الأصح وجوب التصديق على البائع أيضا بما ربح في الثمن ، غير أن هذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الربح صريح الرواية في الجامع ، فإن فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية يبيعا فاسدا بألف وتقابضا وربح كبل واحد منهما فيما قبض قال : يتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيّب الربح للذي قبض الدراهم ، وحينئذ فالأصح أن الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد لا كما قال ، وقول المصنف (لا يتعين في العقود) أي عقود البعائث ، بخلاف ما سواها من الشركة والوديعة والغصب ، وقول بعضهم احتراز به عن الوديعة والغصب والشركة إنما يصح لو كان لفظ البياعات أو المعاوضات مذكورا للمصنف وليس كذلك ، وهذا التفصيل قول أبي حنيفة ومحمد ،

في الفصلين عند أبي حنيفة ومحمد ، لأن الخبث لما كان لعدم الملك أثر فيما يتعين وفيما لا يتعين ، وقال أبو يوسف : يطيّب له الربح لأن شرط الطيب الضمان والقرض وجوده . ولهما أن العقد يتعاقب بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال (وفيما لا يتعين شبهة من حيث سلامة المبيع أو تقدير الثمن) وبيانه أنه إذا اشترى بها فلا يخلو أما إن أشار

(قوله لأن الخبث لما كان لعدم الملك الخ) أقول : كتب في هامش هذا البحث ما هو صورته . وقد استشكل قوله بعد ضمان قيمتها بأن الكلام في الخبث لعدم الملك وإن أدى الضمان فقد ملك على أصله ، ثم إذا ربح بعد ذلك لم يكن الخبث لعدم الملك . والجواب أن التقدير ليس من أسباب الملك ، وإنما يثبت الملك مستندا بالضمان ، وفي المستند شبهة عدم ، وشبهة عدم ملحقمة بحقيقة عدم فيما يبتنى على الشبهات والصدقة تبتنى عليها ، فكان الحكم فيه حكم عدم الملك بالنسبة إلى الربح ، فالملك بعد الضمان يفيد طيب المخصوص لا طيب الربح الحاصل منه ، لأنه بالنسبة إليه كعدمه . ونحن نقول : فلي هذا يكون في ربح المخصوص المضمون شبهة الخبث ، وفي ربح الدرهم المخصوص المضمون شبهة الشبهة ، إذ على مقتضى تقريره يكون فيها شبهة الملك ولا ينفعه المبالغة التي ادعاه في الكلام حيث لا يخرج إلى الحقيقة فليتأمل .

قال (وكذلك إذا ادعى على آخر مالا ففضاه إياه ، ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعى في الدراهم يطيب له الربح) لأن الخبث لفساد الملك هاهنا لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق ، وبذل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين .

وقال أبو يوسف : يطيب له الربح مطلقا لأن عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد ، وعند زفر والشافعي لا يطيب في الكل لأن الدراهم والدنانير تتعين ، حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلك بطل البيع عندهما كما في المبيع المعين وعندنا لا يبطل ، وليس له أن يحبسها ويعطى مثلها عندهما (قوله وكذلك الخ) قال في الجامع الصغير : وكذلك لو ادعى على آخر مالا ففضاه ثم تصادقا أنه لم يكن له عليه شيء وقد ربح المدعى في الدراهم التي قبضها على أنها دينه (يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك هنا لأن الدين وجب بالتسمية) أى بالإقرار عند دعواه المال (ثم استحق بالتصادق) فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين (وبذل المستحق مملوك) أى ملكا فاسدا سواء كان عينا أو دينا ، أما عينا فبإدليل أن من اشترى عبدا بجمارية أو ثوب ثم أعتق العبد واستحققت الجارية يصبح عتق العبد ، فلم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصبح العتق ، إذ لا عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة . وإذا ملكه فاسدا فيما لا يتعين لا يعمل فيه خبثا فطاب له الربح . وفي الجامع الكبير لقاضيخان : بدل المستحق مملوك بإدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفى حقه فباعه المدينون عبدا لغيره بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يخبث ، لأن المدينون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يخبث ، وبيان فساد الملك في بدل المستحق أنه إذا استحق المبدل يجب رده ولا يبطل البيع فتتمكن فيه شبهة عدم الملك ؛ ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة تتمكن فيه شبهة الخبث ، فإذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر . واعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلا عما يزعم أنه ملكه ، أما لو كان في أصل دعواه الدين متعمدا للكذب فدفع إليه لا يملكه أصلا لأنهم يتقن أنه لا ملك له فيه ، والله أعلم .

إليها ونقد منها أو أشار إليها ونقد من غيرها ، فإن كان الأول فقد تعلق به سلامة المبيع لأنه هو الواقع ثمتنا ، وإن كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الأول حصل بملك الغير من كل وجه . وفي الثاني توصل إليه بملك الغير لأن بيان جنس الثمن وقدره ووصفه أمر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بملك الغير فيجب التصديق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا ، وإذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين إلى شبهته ، لأن حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه ، بل بملكه فيه شائبة ملك تنزل ، وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين إلى شبهة الشبهة ، لأن تعلق سلامة المبيع أو تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصولهما بملك الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بما له فيه شائبة ملك والشبهة هي المعبرة لا النازل عنها . قيل بالحديث وهو ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربا والريبة ، والريبة هي الشبهة وهو دليل على أن الشبهة معتبرة . وأما أن شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير ، وأما إذا كان شبهة الشبهة أيضا داخلة في الريبة فقد يثبت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك أن شبهة الشبهة لو اعتبرت لا تعتبر ما دونها أيضا دفعا للتحكم ، لكن لا يصبح اعتباره ثلثا ينسد باب التجارة ، إذ قلما يخلو عن شبهة شبهة الشبهة فادونها . قال (وكذلك إذا ادعى الخ) رجل قال لآخرى عليك ألف درهم فاقضها ففضاها ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعى وربح طاب له الربح) ولا يجب التصديق به لأن الخبث فيه لفساد الملك لأن الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعى وأداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادقا للملك .

(فضل فيما يكره)

قال (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال « لاتناجشوا » .

(فضل فيما يكره)

لما كان دون الفاسد أخره عنه ، وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعى بل في عدم فساد العقد ، وإلا فهذه الكراهات كلها تحريرية لانعلم خلافا في الإثم . ومقتضى النظر عندى أن يكون على أصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه ، والخاصر للبائى في القحط والإضرار فاسدا ، وتلقى الجلب إذا لبس باطلا أو يثبت له الخيار ، وهذا لأن النهى مطلقه للتحرير إلا لصارف . وهذه المعانى المذكورة سببا للنهى تؤكد المنع لاتصرفه عنه ، فإن في اعتراض الرجل على سوم الآخر بعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى إثارة للعداوة والبغضاء كالخمر والميسر فيحرم ذلك ، وشراء ما جىء به في زمن الحاجة ليغالى على الناس ضرر عام للمسلمين وأهل الذمة فيحرم . وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فإنه لم يرض بالثمن المذكور إلا على تقدير كونه سعر البلد فيجب أن يكون غير منعقد لعدم الرضا به كقول مالك ، أو منعقدا ويثبت له خيار الفسخ كقول الشافعى ، وكون الوصف مجاورا أو لازما لا يبنى ما ذكرنا إذ الاصطلاحات لاتنفي المعانى الحقيقية المقتضية للبطلان أو الفساد ، على أن معنى الفساد ليس إلا كون العقد مطاوب التماسخ للمعصية بمباشرة النهى عنه ويملك البذل منه بالقبض ، وتأخر الملك إلى القبض ليس إلا لوجوب رفع المعصية برفعه ، ويجب في هذه البياعات ذلك كله غير أنه لما كان المنع بأخبار الآحاد الظنية سموه مكروها على اصطلاحنا ، ولما كان الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى ثابتا جماعته فاسدا (قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش ، وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) بعد ما بلغت قيمتها فإنه تغرير للمسلم ظلما ، فأما إذا لم تكن بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فمجانز لأنه نفع مسلم من غير إضرار بغيره إذا كان شراء الغير بالقيمة (قال صلى الله عليه وسلم « لاتناجشوا ») في الصحيحين من

لكن لما تصادقا أنه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البذل عن الملك لأن بدل المستحق مملوك به إذا كان عينا يتعين ، كما إذا اشترى عبدا بجمارية وأعتقه فاستحق الجارية فإن العتق نافذ . ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ لامتناعه في غير الملك بالنص ، فإذا كان مالا يتعين أولى ، لكنه يفسد الملك إذ الاستحقاق قصدا في مقابله لا فيه ، فلو كان فيه كان باطلا والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين .

(فضل فيما يكره)

قليل المكروه أذى درجة من الفاسد ، ولكن هو شعبية من شعبه فلذلك ألحق به وآخر عنه ، ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في أصول الفقه أن القبح إذا كان لأمر مجاور كان مكروها . وإذا كان بوصف متصل كان فاسدا وقد قررناه في التقرير (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) بفتحيتين (وهو أن يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) ويجرى في النكاح وغيره حيث قال عليه الصلاة والسلام (لاتناجشوا) أى لاتفعلوا ذلك

(فضل فيما يكره)

قال (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه الصلاة والسلام : لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه » ولأن في ذلك إيجاشا وإضرارا، وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة ، فأما إذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما ذكره ، وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضا . قال (وعن تلقى الجلب) وهذا إذا كان يضر بأهل البلد فإن كان لا يضر فلا بأس به ، إلا إذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر .

حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تتلقى الركبان للبيع ، ولا يبيع بعضهم على بيع بعض ، ولا تناجشوا ، ولا يبيع حاضر لباد » والنجش بفتح نون ويزوى بسكون الجيم (قوله وعن السوم) أي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر في الصحيحين في لفظ « لا يبيع الرجل على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له » وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقى الركبان « إلى أن قال « وأن يستام الرجل على سوم أخيه » وعرفت مثيره وهو ما فيه من الإيجاش والإضرار ، وشرطه وهو أن يتراضيا بثمن ويقع الركون به فيجىء آخر فيدفع للمالك أكثر أو مثله غير أنه رجل وجيه فيبيعه منه لوجهاته . وأما صورة البيع على بيع أخيه بأن يتراضيا على ثمن ساعة فيجىء آخر فيقول أنا أبيعك مثل هذه السلعة بأنقص من هذا الثمن فيضرب بصاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة إلى جعل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم « لا يبيع أحدكم على بيع أخيه » جامعا للبيع والشراء مجازا ، إنما يحتاج إلى ذلك لو لم يرد حديث الاستيام ، وكذا محله في الخطبة ، فإن لم يتراضيا فهو بيع من يزيدوا ولا بأس به كما سنذكر (قوله وعن تلقى الجلب) في الصحيحين عن عبد الله بن عباس : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد » . قال : لا يكون له سمارا . وللتلقي صورتان : إحداهما أن يتلقاهما المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعه من أهل البلد بزيادة . وثانيتهما أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعامون بالسعر ، ولا خلاف عند الشافعية أنه إذا خرج إليهم لذلك أنه يعصى ، أما لو لم يقصد ذلك بل اتفق إن خرج فراهم فاشترى ففي معصيته قولان أظهرهما عندهم يعصى . والوجه لا يعصى إذا لم يلبس . وعندنا محمل النهي إذا كان يضر بأهل البلد أو لبس ، أما إذا لم يضر ولم يلبس فلا بأس .

وسبب ذلك إيقاع رجل فيه بأزيد من الثمن وهو خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكروها ، وظهر من هذا أن الراغب في السلعة إذا طلبها من صاحبها بأنقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشراء إلى ما بلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها لانتهاء الخداع (ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه الصلاة والسلام « لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه » وهو نفي في معنى النهي فيفيد المشروعية : وصورته أن يتساوم الرجلان على السلعة والبائع والمشتري رضيا بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فإنه يجوز ، لكنه يكره لاشتماله على الإيجاش والإضرار وهما قبيحان يتفكان عن البيع فكان مكروها إذا جنح البائع إلى البيع بما طلب به الأول من الثمن ، وكذلك في النكاح . أما إذا لم يجنح فلا بأس بذلك لأنه بيع من يزيد . وقد روى أنس رضي الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدنا وحلسا ببيع من يزيده » . قال : وعن تلقى الجلب : أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن تلقى الجلب : أي المجلوب . وصورته المصري أخبر بمجيء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وأدخله المبصر ليبيعه على ما أراد فلذلك لا يخلو إما أن يضر بأهل البلد أو لا ، والثاني لا يخلو من أن يلبس السعر على الواردين

قال (وعن بيع الحاضر للبادي) فقد قال عليه الصلاة والسلام «لا يبيع الحاضر للبادي» وهذا إذا كان أهل البلد في قحط وعوز، وهو أن يبيع من أهل البلد طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم. أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر. قال (والبيع عند أذان الجمعة) قال الله تعالى - وذروا البيع - ثم فيه إخلال بواجب السعي على بعض الوجوه، وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة. قال (وكل ذلك يكره) لما ذكرنا، ولا يفسد به البيع لأن الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة.

(قوله وعن بيع الحاضر للبادي) تقدم النهي عنه، وحمل النهي (إذا كان أهل البلد في عوز) أي حاجة (أو قحط) وهو يبيع من أهل البلد طمعا في الثمن الغالي للإضرار بهم وهم جيرانه (أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس لانعدام الضرر) وقال الحلواني: هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع أنت أنا أعلم بذلك منك فيتوكل له ويبيع ويغالي. ولو تركه يبيع بنفسه لخص على الناس. وفي بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» وفي المجتبى: هذا التفسير أصح، ذكره في زاد الفقهاء لموافقة الحديث، وعلى هذا فتفسير ابن عباس بأن لا يكون له سمسار ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير لضدها وهي الجائزة، فالمعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه، فكأنه لما سئل عن لمة نهى بيع الحاضر للبادي قال: المقصود أن لا يكون له سمسار فنهى عنه للسمسار (قوله والبيع عند أذان الجمعة، قال تعالى) - إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة - إلى قوله تعالى (وذروا البيع) كأنه يجعل الوقت من حين الأذان مشغولا بصلاة الجمعة تعظيما لها كما قالوا في النهي عن الصلاة بعد صلاة العصر قبل التغير (وفيه) زيادة أنه قد يفرض إلى (الإخلال بواجب السعي على بعض الوجوه، وقد ذكرنا الأذان المعتبر في منع البيع في كتاب الصلاة) وهو ما يكون بعد دخول الوقت، وقوله (كل ذلك يكره) أي كل ما ذكرناه من أول الفصل إلى هنا يكره: أي لا يحل على ما قدمناه (ولا يفسد به البيع باتفاق علمائنا حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض وهو قول الشافعي، لكنه يثبت الخيار في تلقى الركبان على ما قدمناه، وقدمنا قول مالك بالإبطال فيه وفي النجاشي، وكذا بيع الحاضر للبادي، وبه قال أحمد، وعلى الصحة (بأن الفساد) فيه (في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة) واستشكله في الكافي لأن البيع يقصد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس في صلبه قال: إلا أن يؤول الخارج بالجوار، وأنت علمت ما

أو لا، فإن كان الأول بأن كان أهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضيق المجاور المنفك، وإن كان الثاني فقد ليس السعر على الواردين فقد غر وضر وهو قبيح فيكره، وإلا فلا بأس بذلك (قال وبيع الحاضر للبادي) أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الحاضر للبادي فقال عليه الصلاة والسلام «لا يبيع حاضر لباد» وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لأهل المصر ويبيعه من أهل البادية بثمان غال، فلا يخلو إما أن يكون أهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك أو في قحط يتضررون، فإن كان الثاني فهو مكروه، وإن كان الأول فلا بأس بذلك. وعلى هذا تكون اللام للبادي بمعنى من. وقيل في صورته نظرا إلى اللام أن يتولى المصري البيع لأهل البادية ليغالي في القيمة. قال (والبيع عند أذان الجمعة) أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن البيع عند أذان الجمعة، قال الله تعالى - وذروا البيع - وتسميته منهيًا باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة (قوله ثم فيه بيان للقيح المجاوز، فإن البيع قد يخل بواجب السعي إذ قعدا أو وقفا يتبايعان، وأما إذا تبايعا يمشيان فلا إخلال فيصح بلا كراهة، وقد تقدم في كتاب الصلاة أن المعتبر في ذلك هو الأذان الأول إذا كان بعد الزوال (وكل ذلك) أي المذكور من أول الفصل

(قال المصنف والبيع عند أذان الجمعة، قال الله تعالى وذروا البيع) - أقول: قال الزيلعي: وذكر في النهاية أنها إذا تبايعا وهما =

قال (ولأبأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا . وقد صحح «أن النبي» عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد) «ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه نوع منه» قال (ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما ، وكذلك إن كان أحدهما كبيرا) والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم «من فرق بين والده وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»

عندنا في ذلك (قوله ولأبأس ببيع من يزيد) وهو صفة البيع الذي في أسواق مبصر المسمى بالبيع في الدلالة (لأنه صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد) روى أصحاب السنن الأربعة من حديث أنس بن مالك «أن رجلا من الأنصار أتى النبي صلى الله عليه وسلم يسأله فقال له : أما في بيتك شيء ؟ قال : بلى جلس نلبس بعضه ونبتط بعضه ، وقعب نشرب فيه الماء ، قال : ائتني بهما : فأتاه بهما فأخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : من يشتري هذين ؟ فقال رجل : أنا آخذهما بدرهم ، فقال : من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثا ، فقال رجل : أنا بدرهمين ، فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين ، فأعطاهما الأنصاري وقال : اشتر بأحدهما طعاما فانبذه إلى أهلك : واشتر بالآخر فأسا فأتني به ، فأتاه به فشده فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال : اذهب فاحتطب وبع ، ولا أرينك خمسة عشر يوما ، فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد أصاب عشرة دراهم ، فاشترى ببعضها ثوبا وبعضها طعاما : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا خير لك من أن تجيء المسئلة نكتة في وجهك يوم القيامة ، إن المسئلة لا تصلح إلا لثلاثة : لذي فقر مدقع ، أو لذي غرم مفظع ، أو لذي دم موجع » وأخرجه الترمذي مختصرا «أنه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقدحا فيمن يزيد» قال الترمذي : حديث حسن لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان عن عبد الله الحنفي ، وقد رواه غير واحد عن الأخضر بن عجلان وقال في علله الكبير : سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال : الأخضر بن عجلان ثقة (قوله نوع منه) أي من البيع المكروه : أي الذي لا يحل على ما عرفت أن الكراهة تحريمية ، وإنما فصله لأن الكراهة فيه لمعنى يرجع إلى غير المعقود عليه وفيما تقدم لما يرجع إليه أو لأنها مسائل يجمعها معنى واحد هو التفريق ، بخلاف الأول (ومن ملك مملوكين) بأي سبب فرض من أسباب الملك شراء أو هبة أو ميراثا (صغيرين) أو (أحدهما وبينهما رحم محرمة لم يفرق بينهما) سواء كان ببيع أو هبة أو وصية وذكره بصورة النفي مبالغة في المنع ، ولا ينظر في الوصية إلى جواز أن يتأخر الموت إلى انقضاء زمان التخريم لأن ذلك موهوم (والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم) فيما رواه الترمذي عن أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من فرق بين والده وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» وقال : حديث حسن غريب ،

إلى هنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد ، لأن الفساد : أي التبع لأمر خارج زائد : أي مجاور ، وليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة وتنسب ببيع من يزيد ، وروى أنس رضي الله عنه قد مر آنفا (نوع منه) أي هذا الذي يشرع فيه نوع من البيع المكروه ، ومن ملك صغيرين أو صغيرا وكبيرا أحدهما ذو رحم محرم من الآخر كره له أن يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم «من فرق بين والده وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»

يمشيان فلا بأس به ، وعزاء إلى أصول الفقه لأبي اليسر . وهذا مشكل فإن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا ، فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأي اه . وفيه بحث . (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام «من فرق بين والده وولدها فرق الله بينه» الحديث) أقول : قوله فرق الله يجوز أن يكون دعاء على من فرق بين والده وولدها ويجوز أن يكون خبرا .

« ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله تعالى عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له : ما فعل الغلامان ؟ فقال : بعتهما أحدهما ، فقال : أدرك أدرك ، ويروى : اردد اردد . ولأن الصغير يستأنس بالصغير والكبير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس ، والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار ، وقد أوعده عليه

وصححه الحاكم على شرط مسلم ونظر فيه فإن فيه حي بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واختلف فيه ، وللإختلاف فيه لم يصححه الترمذي ، ورواه أحد بقصة . وروى الحاكم في المستدرک عن عمران بن حصين قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ملعون من فرق بين والدته ولدها » وقال : إسناده صحيح ، وفيه طليق بن محمد ، تارة يرويه عنه عن عمران بن حصين ، وتارة عنه عن أبي بردة ، وتارة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسل . قال الدارقطني : وهو المحفوظ ، وقول ابن القطان لا يصح لأن طليقا لا يعرف حاله يريد خصوص ذلك وإلا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة وألفاظ توجب صحة المعنى المشترك فيه ، وهو منع التفريق إلا أن في سوقها طولاً علينا . وأما حديث علي رضي الله عنه فأخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث الحجاج بن أرقط عن الحكم بن عيينة عن ميمون بن أبي شبيب عن علي رضي الله عنه قال « وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعت أحدهما ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا علي ما فعل غلامك ؟ فأخبرته فقال : رده رده » قال الترمذي حديث حسن غريب . وتعقبه أبوداود بأن ميمونا لم يدرك عليا وهو علي طريقهم من أن المرسل من أقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك . وأخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي رضي الله عنه قال : « قدم علي النبي صلى الله عليه وسلم سبي فأمرني ببيع أخوين فبعتهما وفرقت بينهما ، ثم أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال : أدركهما فارتجعهما وبعهما جميعا فلا تفرق بينهما » وصححه الحاكم على شرط الشيخين ، ونفى ابن القطان العيب عنه وقال : هو أولى ما اعتمد عليه في هذا الباب ، ومن طريق آخر رواه أحمد وأبو زر وفيه انقطاع ، ولا يضر علي أصلنا على ما عرف . قال المصنف (ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده) أي يصلح شأنه (فكان في التفريق قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار ، وقد أوعده عليه) قال عليه الصلاة والسلام « من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا » ورواه ابن أبي شيبة عن عمرو بن العاص ، وكذا رواه البخاري في كتابه المفرد في الأدب . وروى الطحاوي في مشكل الآثار :

(قوله ووهب) معطوف على قوله عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى ، لأن تقريرة والأصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام « ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي غلامين أخوين صغيرين ثم قال له : ما فعل الغلامان ؟ فقال : بعتهما أحدهما ، فقال : أدرك أدرك . ويروى : اردد اردد . ووجه الاستدلال بالأول هو الوعيد ، وبالتالي تكرار الأمر بالإدراك والرد ، والوعيد جاء للتفريق والأمر بالإدراك على بيع أحدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع ، فقلنا بكرة البيع لإفضائه إلى التفريق وهو مجاور بنفك عنه بلحواز أن يقع ذلك بالهبة ، والمعنى المؤثر في ذلك استئناس الصغير بالصغير وبالكبير ، وتعاهد الكبير للصغير ، وفي بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد ، وفيه ترك المرحمة على الصغار ، وقد أوعده النبي على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم « من فرق بين والدته ولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » إن كان المراد بترك المرحمة تركها بالتفريق ، ويجوز

(قوله والأصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام) أقول : على أن تكون مامصدرية (قوله ووجه الاستدلال بالأول) أقول : لا حاجة في صحة الاستدلال بأدرك وأردد إلى التكرار . نعم يتقوى الاستدلال بتكرار الأمر (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام « من فرق بين والدته ولدها » الحديث) أقول : الدعوى عامة ، والحديث مخصوص بالوالدة والولد .

ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ، ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ، ولا بد من اجتماعهما في ملكه

حدثنا يونس بن عبد الأعلى ، حدثنا ابن وهب ، أنبأنا مالك بن أبي الخير الزياتي عن أبي قنبل عن عبادة ابن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال « ليس منا من لم يبجل كبيرنا ويرحم صغيرنا » وعلى نحو الأول رواه البخاري في كتابه المفرد في الأدب من حديث أبي هريرة ، وقد روى من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهور لا شك فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم . قال المصنف (ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخله محرم غير قريب) كحرم الرضاع وامرأة الأب (ولا قريب غير محرم) كابن العم (ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأنه على خلاف القياس فيقتصر على مورده) ومورده كان في المحرمة كما في الوالدة وولدها والأخوين . فإن قيل : لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الخال وابن أخته والحالة وبنت أختها لأن النص ما ورد إلا في الوالدة والأخوين . فالجواب أن القرابة المحرمة تثبت معنى دلالياً وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية للقطع بأن خصوص الوالدة غير معتبر لأن الوالد أيضاً مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الأخوين : فعلم أن لا قصر على الولاد بل القرابة المحرمة تثبت في الخال والحالة بالدلالة ، ومعلوم أن المحققين على عدم اشتراط الأولوية في الدلالة والمفهوم . بقي لإيراد نقض العلة بثمانية مسائل يحوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة ، منها الثلاثة التي ذكرها المصنف وهي : ما إذا كان التفريق بحق مستحق كدفع أحدهما بجنائية ، أو استيلاء دين لزم الصغير كاستهلاكه مال الغير مع أنه في دفعه غير مجبور إذ له أن يدفع عنه الفداء والدين ويستبقه ورده وحده بعيد بحصته فيرده وحده وإن كان عند أبي يوسف أنه يردهما جميعاً أو يمسكهما كما في مبرععي الباب إذا وجد بأحدهما عيباً . والرابعة أن يدبر أحدهما أو يستولد الأمة وحينئذ جاز بيعه الآخر . والخامسة أن يكون لحرابي

أن يكون المراد في قطع الاستثناس والمنع من التعاهد وترك المرحمة وذلك متوعد بقوله عليه الصلاة والسلام « من لم يرجم صغيرنا » ثم المنع عن التفريق إنما هو باعتبار استثناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للمولى أو الصغير قصداً فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا مالا محرمية بينهما أصلاً ، حتى لو كان أحدهما أخاً رضاعياً للآخر أو كان أمة والآخر ابنها رضاعاً أو كان أحدهما ولد عم أو خال أو كان أحدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما لأن النص الثاني ورد بخلاف القياس ، لأن القياس يقتضي جواز التفريق بوجود الملك المطاق للتصرف من الجمع والتفريق كما في الكبيرين ، وكل ما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورده ومورده الوالدة وولدها والأخوان . قيل : في كلام المصنف تناقض ، لأنه علل بقوله ولأن الصغير يستأنس بالصغير ، وقال : ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ، ثم قال : لأن النص ورد بخلاف القياس ، وما كان كذلك لا يكون معلولاً فجاء التناقض . والجواب ما أشرنا إليه في تفسير كلامه أن مناط حكم المنع عن التفريق إنما هو استثناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بدون ضرر للمولى أو الصغير قصداً فهو بيان لما عسى يجوز به إلحاق الغير بالدلالة إذا ساواه ، لا بيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه ، فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس . وإذا ظهر هذا تبين أنه ليس في القرابة والمحرمية ، ولا مافيه ضرر ما يساوى القرابة المحرمة للنكاح وما لا ضرر فيه حتى يلحق بها . فلا يرد ما قيل في الكتب لو كان منع التفريق معلولاً بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز (قوله فهو بيان لما عسى يجوز به إلحاق الغير بالدلالة إذا ساواه) أقول : دعوى المساواة فيما إذا كان أحدهما عما أو خلا ، لمورد النص مشكلة =

لما ذكرنا ، حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لأبأس بيع واحد منهما ، ولو كان التفريق بحق مستحق

مستأمن قباع أحدهما ، فلمسلم أن يشتريه مع أن المنع كما هو للبائع كذلك للمشتري . والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملكه أحدهم صغير حل بيع أحد الكبيرين مع أنه يصدق التفريق بين الصغير والكبير . والسابعة أنه يجوز أن يعتق أحدهما بمال وبلا مال ويكاتبه مع أنه حصول الفرقة بالإخراج عن ملكه . والثامنة لو كان الولد مراهقا

التفريق عند وجود هذه العلة ؛ لكنه جاز في سبعة مواضع وإن كان أحدهما صغيرا فكانت العلة منقوضة ولزم التزام القول بتخصيص العلة الفاسدة عند عامة المشايخ . والأول من المواضع السبعة ما إذا صار أحدهما في ملكه إلى حال لا يمكنه بيعه كما إذا دبره أو استولده إن كانت أمة فإنه لأبأس بيع الآخر وإن حصل التفريق . والثاني إذا جنى أحدهما جناية نفس أو مال فإن للمولى أن يدفع وفيه تفريق مع أنه يخير بين الدفع والقضاء ، وله ولاية المنع عن البيع بأداء القيمة . والثالث إذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء أحدهما ، وكما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء . والرابع إذا ملك صغيرا وكبيرين جاز بيع أحد الكبيرين استحسانا وإن لزم التفريق . والخامس إذا اشتراها ووجد بأحدهما عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق . والسادس جاز لإعتاق أحدهما على مال أو غيره وهو تفريق . والسابع إذا كان الصغير مراهقا جاز بيعه برضاه ورضا أمه ولزم التفريق . وإذا تأملت مامهد لك آتقا ظهر لك عدم ورودها فإن ما خلا الأخيرين يشتمل على الضرر ، أما الأول فلأن بيع أحدهما لمسا امتنع لمعنى شرعى لومنع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به . لا يقال : المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له أضرار فكيف تحمل لأنه لو لم يتحمل ذلك لزم إهمال الحديث . وأما الثاني فلأنه لو ألزم المولى القداء بدون اختياره تضرر . وأما الثالث فلأن منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم من شرائه تضرر الصغير قصدا وعاد على موضوعه بالنقض ، فإن الحربى يدخلهما دار الحرب فينشأت فيها ، وضرر ذلك ظاهر في الدنيا لعرضية الأسر والقتل وفي الآخرة ، لأن ظاهر من ينشأ من صغره بينهم أن يكون على دينهم . وأما الرابع فلأن منع بيع أحد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر لإضرار للمولى . وأما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روى عن أبي يوسف . وعلى ظاهر الرواية إنما جاز لأن رد السالم عن العيب حرام من كل وجه ، وفي إلزام المعيب لإضرار للمشتري فيتعين رده دفعا للإضرار عنه . وأما في السادس فلأن الإعتاق هو عين الجمع بأكمل الوجوه ، لأن المعتق أو المكاتب صار أحق بنفسه فيدور هوحيثما دار أخوه ويتعاهد أموره على ما أراد ، ولا اعتبار بخروجه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في إبقائهما جميعا مع زيادة وصف وهى استبداده بنفسه ، وأما في السابع فلأن المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رخصا بالتفريق اندفع الضرر ، فقما عدا الأخيرين ضرر فلا يكون في معنى ما لا ضرر فيه من كل وجه فيلحق به . وأما السادس فلا تفريق فيه ، وأما السابع فمن قبيل إسقاط الحق ، ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره لأبأس بيع أحدهما لأن التفريق لا يتحقق فيه وذكر الغير مطلقا ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابنا صغيرا له أو كبيرا وهما في مؤنته أولا وسواء كان زوجته أو مكاتبته ، ولا يجوز بيع أحدهما من أحد هؤلاء إذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك (قوله ولو كان التفريق بحق مستحق) تقدم تقريره في أثناء الأسئلة وجوابها .

وللإشارة إلى ذلك قال صلى (قوله أولزم التزام القول بتخصيص العلة) أقول : فإنه ظهر أن العلة هي الرحمة المحبة الغير المستلزم ضررا بالمالك وبالصغير قصدا (قوله وأما الثالث فلأن منع التفريق الخ) أقول : فيه بحث .

لابأس به كدفع أحدهما بالحنانية وبيعه بالدين ورده بالعيب لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به . قال (فإن فرق كرهه ذلك وجاز العقد) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها . وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا ، فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد .

فرضي بالبيع واختاره ورصيته أمه جاز بيعه . فالجواب عن الثلاثة الأول ما أشار إليه المصنف بقوله (لأن المنظور إليه) في منع التفريق (دفع الضرر عن غيره) وهو الصغير (لا) إلحاق (الضرر به) أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم ، فلو منعنا التفريق كان إلزاما للضرر بالمالك ، والعلة هي ما ذكرنا من الرحم المحرمة غير المستلزم ضررا بالمالك ، فعند استلزامه تكون علة المنع متفية عند من يمنع تخصيص العلة أو تخصيصه باستلزام ضرره عند من يخصصها ، وبهذا يجاب عن الرابع إذ يلزم المالك الحجر عليه بمنعه من التصرف في ماله رأسا ، بخلاف ما قبل التدبير فإنه يمكنه بيعهما والانتفاع بهما . وعن الخامس بأن مفسدة التفريق عارضها هنا بتقدير عدمه مفسدة أعظم ، فإنه إن لم يشتره أحد يذهب به إلى دار الحرب ومفسدة كونه هناك يشب ويكهل أعظم من ضرر التفريق على الصغير لأنه ضرر الدين والدنيا ، فالدين ظاهر والدنيا تعريضه على القتل والسبي ، والسبي هلاك ، ويحییء ما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه . وعن السادس بأن العلة ما هو مظنة الضياع والاستيحاش ، وقد بقي له من يقوم مقام الثالث . على أن في رواية عن أبي يوسف يمتنع بيع الثالث في الكفاية قد اجتمع في الصغير عدد من أقاربه لا يفرق بينه وبين واحد اختلفت جهة القرابة كالعم والحال ، أو اتحدت كخالين عند أبي يوسف لأنه يستوحش بفراق الكل . وعن السابع بأن العتق والكتابة عين الجمع لا التفريق فإن المعتق والمكاتب يزول الحجر عنه فيتمكن من الكون مع أخيه حيثما كان وأبنا صار . وعن الثامن بانتفاء الضرر عنهما لما اختارا ذلك فقد تحققنا خلوا الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشرع معه الحكم قال الكل إلى عدم العلة في الحقيقة . ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط إذا كان للدمى عبد له امرأة ولدت منه فأسلم العبد وولده صغير فإنه يجبر الدمى على بيع العبد وابنته وإن كان تفريقا بينه وبين أمه لأنه يصير مسلما بإسلام أبيه فهذا تفريق بحق (قوله فإن فرق كرهه ذلك وجاز العقد) إذا كان المالك مسلما حرا أو ملكا أو مأدونا ، أما إذا كان كافرا فلا لأنهم غير مخاطبين بالشرائع . والوجه أنه إن كان التفريق في ملتهم خلا لا يتعرض لهم إلا إن كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وإن كان ممتنعا في ملتهم لا يجوز (وعن أبي يوسف رحمه الله لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها ، وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك) أي قرابة الولاد وغيرها وهو قول أحمد لما روينا من حديث علي رضي الله عنه وقول النبي صلى الله عليه وسلم « أدركهما وأرتجعهما » فإن الأمر بالإدراك والارتجاع

وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال : إذا جنى أحدهما أنه يستحب الفداء لأنه خير بين أن يدفع أو يفدى فكان الفداء أولى . قال (فإن فرق كرهه ذلك وجاز العقد الخ) فإن فرق كرهه ذلك ، وإطلاق التفريق يدل على أنه مكروه سواء كان بالبيع أو القسمة في الميراث أو الغنائم أو الهبة أو غير ذلك والبيع جائز . وعن أبي يوسف أنه لا يجوز في قرابة الولاد لقوتها وضعف غيرها . وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام لعلي « أدرك أدرك » ولزيد بن حارثة « اردد اردد » فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد . ولهما أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله ، والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع

(قال المصنف : لا الإضرار به) أقول : قال ابن الهمام : أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين اه وفيه بحث . (قوله وإطلاق التفريق يدل الخ) أقول : لا يخفى عليك أن قوله وجاز البيع يدل على التقييد ، فم لا كلام في إطلاق التفريق الواقع في الحديث .

ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله ، وإنما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيلاء (وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لأنه ليس في معنى ماورد به النص ، وقد صح « أنه عليه الصلاة والسلام فرق بين مارية وسيرين

لا يكون إلا في البيع الفاسد (ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله والكراهة لمعنى مجاور) والنهي للمجاورة لا يوجب الفساد بخلافه لوصف لازم (فشابه كراهة الاستيلاء) على سوم أخيه ، وحينئذ يجب تأويل الأمر بالإدراك والأرتجاع على طلب الإقالة مع ظهور أن يقبله رغبة في ثواب الإقالة أو أن يبيع الأخ لآخر منه . واعلم أن مدة منع التفريق إنما تمتد إلى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض . وذكر فيه حديثا في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم « لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية » وعن عبادة بن الصامت عنه عليه الصلاة والسلام « لا تفرقوا بين الأم ولولدها ، فقيل إلى متى ؟ فقال : إلى أن يبلغ الغلام وتحيض الجارية » رفعه في المبسوط وهو قول الشافعي . وفي أظهر قوله إلى زمان التمييز سبع أو ثمان بالتقريب ، وإلى زمان سقوط الأسنان ، والحديث المذكور ذكره الحاكم وصححه وخطأه صاحب التتبع ، وقال : الأشبه أنه موضوع ، وسببه أن في سنده عبد الله ابن عمرو بن حسان ، قال الذهبي : كذاب ، وقيل رماه ابن المديني بالكذب ، غير أن الحكم المذكور وهو التفريق بعد البلوغ حكم ثابت شرعا . وقال بعض مشايخنا : إذا راعها ورضيا بالتفريق فلا بأس به لأنهما من أهل النظر لأنفسهما ، وربما يريان المصلحة في ذلك (قوله وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لأنه ليس في معنى ماورد به النص (ليثبت فيه المنع إلحاقا بالدلالة إذ كان أصله على خلاف القياس) وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين (بالسین المهملة ، ذكره ابن عه البر في الاستيعاب : قال البزار بعد أن غلطه للحديث طريق ذكرها ، لكن روى هذا الحديث عن بشير بن المهاجر بن حاتم بن إسماعيل ودلم بن دهثم انتهى . وبشير عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال : « أهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها ، فأما إحدى الجاريتين ففسرها فولدت له إبراهيم عليه السلام وهي مارية أم إبراهيم . وأما الأخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت وهي أم عبد الرحمن بن حسان » وذكر أن هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة ، وأخرجه البيهقي بسند آخر في دلائل النبوة مرسلًا « أنه صلى الله عليه وسلم بعث حاطب بن أبي بلتعقة إلى المقوقس ، إلى أن قال : وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين إحداهما أم إبراهيم ، وأما الأخرى فوهبها عليه الصلاة والسلام لجهم بن قيس العبدى وهي أم زكريا بن جهيم الذي كان خليفة عمرو ابن العاص على مصر وهذا مخالف لما تقدم . وجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقي بسنده إلى حاطب قال : « يعني

وقت النداء وهو مبكروه لافاسد كالأستيام . والجواب عن الحديث أنه محمول على طلب الإقالة أو بيع الآخر ممن باع منه أحدهما (قوله وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لأنه ليس في معنى ماورد به النص يشير إلى أن مراده فيما تقدم الإلحاق بدلالة النص كما قررناه ، وقد صح « أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين » روى « أن أمير القبط أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين أختين وبغلة ، فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ إحدى الجاريتين سرية فولدت له إبراهيم وهي مارية ، وهب الأخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين » بالسین المهملة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب ، وهذا كله إذا كان المالك مسلما حرا

(قوله والجواب عن الحديث أنه محمول الخ) أقول : في « أدرك ، وردد » (قوله أو بيع الآخر الخ) أقول : في أدرك ثم لفظ أو هاهنا لمنع الخلو .

وكانتا أمتين أختين .

رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المقوقس ملك الإسكندرية فبحث بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأثر لني في منزله فأقامت عنده ثم بعث إلى وجمع بطارقه ، إلى أن قال : وهذه هدايا أبعث بها معك إلى محمد ، فأهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث جوار منهن أم إبراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم : واحدة وهبها لأبي جهيم بن حذيفة العدوي ، وواحدة وهبها لحسان بن ثابت « فهذا يعلم من ألفاظ هذا الحديث وطرقه ، وليس في شيء منها أن الجاريتين كانتا أختين وهو موضع الاستدلال . لاجرم ذكر أبو الربيع سليمان الكلاعي في كتاب الاكتفاء عن الواقدي بإسناد له : أن المقوقس أرسل إلى حاطب ليلة إلى أن قال : فارجع إلى صاحبك فقد أمرت له بهدايا وجاريتين أختين فارهتين وبغلة من مراكبي وألف مثقال ذهباً وعشرين ثوباً من لين وغير ذلك ، وأمرت لك بمائة دينار وخمسة أثواب فارحل من عندي ولا تسمع منك القبط حرفاً واحداً » فهذا مع توثيق الواقدي دليل على المطلوب ، وقد أسلفنا توثيقه ، وكرر ذلك ابن عبد البر في الاستيعاب ، ونقله أحمد بن عبد الله الطبري عن أبي عبيدة في خاتمة مناقب أمهات المؤمنين فالله أعلم بذلك ، وإنما يوب أبو داود للتفريق بين المذكورات للحديث الذي في مسلم عن سلمة بن الأكوع قال : « خرجنا مع أبي بكر فغزونا فارة ، إلى أن قال : فبعثت بهم إلى أبي بكر وفيهما امرأة معها ابنة لها من أحسن العرب ، فنقلني أبو بكر ابنتها فقدمت المدينة فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم : يا سلمة هب لي المرأة ، فقلت هي لك ، ففدى بها أسارى مكة » انتهى مختصراً فهذا التفريق وإن كان من فعل أبي بكر لكن لاشك في أن النبي صلى الله عليه وسلم علمه وأتبع الجارية ولم يردها إلى أمها بل أبعد دارها حين فدى بها ، فهذا والله أعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين ، والله أعلم .

[فروع] إذا كان مع الصغير أبواه لا يبيع واحداً منهم ولو كان معه أم وأخ أو أم وعمّة أو خالة أو أخ جاز بيع من سوى الأم ، وروى هشام عن محمد أنهم لا يباعون إلا معا اعتباراً باختلاف الجهة . والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لأن شفقة الأم تغني عن سواها ولهذا كانت أحق بالحضانة من غيرها ، فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة ، والجدّة كالأم ، فالوكان معه جدّة وعمّة وخالة جاز بيع العمّة والخالة ، ولو كان معه عمّة وخالة لم يباعوا إلا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ، ولو كان معه أخوان أو إخوة كبار ، في رواية الأمل لا يباع واحد منهم ، والصحيح أنه يجوز بيع من سوى واحد منهم وهو الاستحسان لأن الشفقة أمر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الأبعد مع الأقرب ، وعند الاتحاد في الدرجة والجهة أحدهما يغني . وكذا لو ملك ستة إخوة ثلاثة كباراً وثلاثة صغاراً فباع مع كل صغير كبيراً جاز استحساناً ، فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم باع غير الشقيقة ؛ ولو ادعاه رجلان فصاراً أبوين له ثم ملكوا جملة . القياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما ، وفي الاستحسان لا يباع لأن الأب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي يبيع فيمتنع احتياطاً فصار الأصل أنه إذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه وإن كانوا في درجة ، فإن كانوا من جنسين مختلفين كالأب والأم والخالة والعمّة لا يفرق ، ولكن يباع الكل أو يمسك الكل ، وإن كانوا من جنس واحد كالأخوين والعين

كان أو مكاتباً أو مأذوناً له ، وأما إذا كان كافراً فلا يكره التفريق لأن ما فيه من الكفر أعظم والكفر غير مخاطبين بالشرائع .

(باب الإقالة)

(الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول) لقوله عليه الصلاة والسلام « من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة » ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما (فإن شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل

والحالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ما سواه ، ومثل الحالة والعمه أخ لأب وأخ لأم ، والله الموفق .

(باب الإقالة)

مناسبتة الخاصة بالبيع الفاسد ، والمكروه أنه إذا وقع البيع فاسداً أو مكروهاً وجب على كل من المتعاقدين الرجوع إلى ما كان له من رأس المال صوناً لهما عن المخطور ، ولا يكون ذلك إلا بالإقالة إلى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره ، وهو صرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة ، وهو حق لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان . وأيضاً الإقالة بيان كيف يرفع العقد وهو يستدعي سابقة ثبوته وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد ، والمكروه بيان كيف يثبت فأعقب الرفع معظم أبواب الإثبات . ثم قيل : الإقالة من القول ، والهمزة للسلب ، فأقال بمعنى أزال القول : أي القول الأول وهو البيع كأشكاه أزال شكايته . ودفع بأنهم قالوا قلته بالكسر فهو يدل على أن عينه ياء لا واو فليس من القول ، ولأنه ذكر الإقالة في الصحاح من القاف مع الياء لامع الواو ، وأيضاً ذكر في مجموع اللغة : قال البيع قيلاً وإقالة فسخه (قوله الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول) عليه لإجماع المسلمين (لقوله صلى الله عليه وسلم « من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ») أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أقال مسلماً بيعته أقال الله عثرته » زاد ابن ماجه « يوم القيامة » ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين : وأما لفظ نادما فعند البيهقي . قال المصنف (ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما) التي لها شرع البيع وغيره . ولا يخفى أن النص المذكور والمعنى إنما يفيد مجرد جواز الإقالة ، وأما

(باب الإقالة)

(الإقالة) الخلاص عن خيب البيع الفاسد ، والمكروه لما كان بالفسخ كان للإقالة تعلق خاص بهما فأعقب ذكرهما إياهما ، وهي من القيل لامن القول ، والهمزة للسلب كما ذهب إليه بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم « من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة » ندب صلى الله عليه وسلم إليها بما يوجب التحريض عليها من الثواب إخباراً أو ادعاءً ، وكلاهما لا يكون إلا لمشروع ، ولأن العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان رفعه لحاجتهما ، وشرطها أن تكون بالثمن الأول (فإن شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل

(باب الإقالة)

فإن قيل : ما الجواب عن انتقاص حد البيع بالإقالة ؟ قلنا : المراد من المبادلة في تحديد البيع هو ما كان مبادلة ابتداء لاتراجما بطريق الرفع بقرينة مقابلة الإقالة للبيع (قوله وهي من القيل لامن القول) أقول : في مجموع اللغة قال البيع قيلاً وإقالة فسخه (قوله والهمزة للسلب) أقول : فأقال بمعنى أزال القول : أي القول الأول وهو البيع (قوله وشرطها أن تكون بالثمن الأول الخ) أقول : لو كان شرطاً لانتفى بانتضائه ، وليس كذلك بل الظاهر أنه من أحكامه .

ويرد مثل الثمن الأول (والأصل أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما إلا أن لا يمكن جعله فسخا فتبطل ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا إلا أن لا يمكن فتبطل . وعند محمد رحمه الله هو فسخ إلا إذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا إلا أن لا يمكن فتبطل .

لزوم كونه على الثمن الأول بعينه فلوجه يفيد المعنى الذي مهد به بقوله (والأصل) أى الأصل في لزوم الثمن الأول حتى يبطل الأقل والأكثر (أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين) وحقيقة الفسخ ليس إلا رفع الأول كأن لم يكن فيثبت الحال الأول ، وثبوت الحال الأول هو برجوع عين الثمن الأول إلى مالكة كأن لم يدخل في الوجود غيره وهو يستلزم تعيين الأول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والأجل . نعم لما لم يكن فعلهما ينفذ على غيرهما جعل بالنسبة إلى غيرهما بيعا فيعطى بالنسبة إلى غيرهما حكم البيع كما سنده (فإن لم يمكن جعله فسخا) كأن ولدت المبيعة بعد القبض ، وكما إذا كان المبيع عرضا بالدرهم فهلك (تبطل : هذا قول أبي حنيفة رحمه الله . وعند أبي يوسف هي بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعا) بأن وقعت الإقالة قبل القبض في مبيع منقول فتبطل فسخا . فإن تعذر كونها بيعا وفسخا كما لو كان المبيع عرضا بالدرهم فتقابلا بعد هلاك العرض فحينئذ تبطل : وعند محمد قلب قول أبي يوسف فهي فسخ إلا أن يتعذر فبيع إلا إن تعذر فتبطل ؛ والعجب أن قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمه الله في أن الإقالة تصبح بلفظين أحدهما مستقبل ، كما لو قال أؤتني فقال أؤتلك مع أنها بيع عنده والبيع لا ينعقد بملك على ماسلف . ومحمد يقول إنها فسخ ويقول : لا تعتقد إلا بالمضى فيهما لأنها كالبيع فأعطى بسبب الشبه حكم البيع . وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لأن المساومة لا تجري في الإقالة ، فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع ، هكذا في شرح القدرى ، وذكره في الدراية . والذي في فتاوى قاضيهان أن قول أبي حنيفة كقول محمد . وفي الخلاصة اختاروا قول محمد ، ولا يتعين مادة قاف لام بل لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت أو اخترت تمت ، ويجوز قبول الإقالة دلالة بالفعل ، كما إذا قطعه قميصا في فور قول

ويرد مثل الثمن الأول ، والأصل في ذلك أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين) ولهذا بطل ما نطق به من الزيادة على الثمن الأول والنقصان منه . ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل أن يسترده منه جاز ، ولو كان بيعا لما جاز لكونه قبل القبض بيعا جديدا في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفع فبا إذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقابلا وعاد المبيع إلى ملك البائع ، ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك ، وشرط التقابض إذا كان البيع صرفا فكانت في حق الشريعة بيعا جديدا ، وهذا لأن لفظها ينبئ عن الفسخ كما سنده ، ومعناها ينبئ عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي ، وجعلها فسخا أو بيعا فقط إهمال لأحد الجانبين وإعمالها ولو بوجه أولى ، فجعلناها من حيث اللفظ فسخا في حق المتعاقدين لقيامه بهما فتعين أن تكون بيعا في حق غيرهما ، فإن تعذر فجعلها فسخا بطلت كما إذا ولدت المبيعة بعد القبض ولذا فإن الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع . وهذا عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف هي بيع إلا أن يتعذر جعلها بيعا ، كما إذا تقابلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسخا إلا إن تعذر جعلها فسخا فتبطل ، كما إذا تقابلا في العروض المبيعة بالدرهم بعد هلاكها وعند محمد هو فسخ إلا إذا تعذر ذلك ، كما إذا تقابلا بأكثر من الثمن الأول فيجعل بيعا إلا إذا تعذر ذلك فتبطل كما في صورة بيع العرض بالدرهم بعد هلاكه . استدلل محمد بالمعنى اللغوي فقال : إن اللفظ للفسخ والدفع : يعنى أن حقيقة ذلك يقال

لمحمد رحمه الله أن اللفظ للفسخ والرفع ، ومنه يقال : أقلنى عثرتي فتوفر عليه قضيته . وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ؛ ألا ترى أنه بيع في حق الثالث : ولأبي يوسف رحمه الله أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي ، وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه أحكام البيع : ولأبي حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبي عن الرفع والفسخ كما قلنا ، والأصل لإعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية .

المشتري أقلتك وتعتقد بفاسختك وتاركت . وجه قول محمد (أن اللفظ) أي لفظ الإقالة وضع (للفسخ والرفع) بدليل الاستعمال فإنه (يقال : أقلنى عثرتي) بمعنى أسقط أثرها باعتبارها عدما بعد وجودها . وهو المراد بالفسخ إذ حقيقته رفع الواقع عن أن يكون واقعا غير ممكن بعد الدخول في الوجود (فيوفر عليه قضيته . وإذا تعذر) الفسخ (يحمل على محتمله وهو البيع . ولأبي يوسف أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي . وهذا هو حد البيع) وخصوص اللفظ لا عبرة به . غاية الأمر أنه لم يسم فيه الثمن لأنه معلوم كما في التولية وأخذ الدار بالشفعة (ولهذا تبطل) الإقالة (بهلاك المبيع) بعد الإقالة قبل الرد : ووجب للذي كان بائعا الرد بالعيب الحادث عند المشتري (وهذه أحكام البيع) فإذا ترتبت على شيء كان بيعا . غير أنه إذا تعذر جعله بيعا كما إذا وقعت في منقول قبل قبضه صرنا إلى مجاز به جمعه فسخا تصحيحا لكلام العاقل ما أمكن . وكونه لا يبتدأ عقد البيع بإنشائه به ممنوع على قول بعض المشايخ . فإنه قال : يجوز أن يعقد البيع ابتداء بلفظ الإقالة . وانتفاؤه في الصحيح لعدم تقدم البيع . وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه (ولأبي حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبي عن الرفع) على ما قلنا لمحمد رحمه الله (والأصل لإعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية) وكونه يثبت به لوازم البيع من الرد بالعيب والملاك بالنسبة إلى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته ، إذ اللوازم قد تكون عامة ترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الإقالة بيعا لذلك . فإن قيل : فتكون بيعا لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال

في الدعاء أقلنى عثرتي ، وإذا أمكن العمل بالحقيقة لا يصار إلى المجاز فيعمل بها ، وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع لأنه بيع في حق ثالث . واستدل أبو يوسف بمعناه فإنه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع إلا ذلك : واعتضد بثبوت أحكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة . وعورض بأنه لو كانت بيعا أو محتملة له لانعقد البيع بلفظ الإقالة وليس كذلك . وأجيب بمنع بطلان اللازم على المروي عن بعض المشايخ ، وبالفارق بعد التسليم بأنه إذا قال ابتداء أقلتك العقد في هذا العبد بألف درهم ولم يكن بينهما عقد أصلا تعذر تصحيحها بيعا لأن الإقالة إنما أضيفت إلى ما لا وجود له فتبطل في مخرجها ، وما نحن فيه ليس كذلك لأنها أضيفت إلى ما له وجود : أعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من إرادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما أراد من المجاز إرادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز . وفيه نظر من وجهين : أحدهما أنه يفهم منه أن أبا يوسف يجعل الإقالة بيعا مجازا وذلك مصير إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز . والثاني أن

(قوله واستدل أبو يوسف بمعناه الخ) أقول : منقوض بما إذا كانت الإقالة بلفظ فاسختك أو تاركتك فإنها حينئذ فسخ إجماعا مع جريان الدليل فيه (قوله فلم يلزم من إرادة المجاز الخ) أقول : أي المعنى المجازي (قوله وذلك مصير إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة) أقول : ألا يرى أنه يحمله فسخا إذا لم يكن جعله تبعا . ولك أن تقول : يجوز أن لفظ المجازية مجاز عن المنقول بعلاقة المشاهدة ، فالمعنى لا يلزم من إزالة المعنى المنقول إليه في موضع لوجود الدلالة على ما أراد معنى النقل إليه إرادة المعنى المنقول إليه في سائر الصور عند عدم النقل وعليك بالتدبر . فإن قيل : بماذا ثبت النقل ؟ قلنا : باستعماله في عرف الشرع في مبادلة تنفرع على مبادلة سابقة ، ويترب عليه أحكام البيع على ما يفهم من كلام أبي يوسف ، فتمت مجاز شرعى في الفسخ .

ولا يَحْتَمَلُ ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لأنه ضده واللفظ لا يَحْتَمَلُ ضده فتعين البطلان ، وكونه بيعا في حق الثالث أمر ضروري لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا يقتضي الصيغة ، إذ لا ولاية لهما على غيرهما . إذا ثبت هذا نقول : إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول

بالتراضي لا لثبوت اللوازم الخارجية . قلنا : إنما نريد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لا ترجعا بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك : أي بأنه وضع بهذا الاعتبار وإلا رجع إلى مجرد الاصطلاح : على أن يسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرعا أو بقيد أن لا يكون ترجعا ، والأحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الألفاظ . بقي أمر آخر هو أنها لم تستعمل في البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد أجاب عنه بقوله (ولا يَحْتَمَلُ ابتداء البيع ليحمل عليه عند تعذر الفسخ ، لأنه) أي الرفع الذي هو المعنى الحقيقي (ضده) أي ضد العقد أو نقيضه فلا يصح استعماله فيه ، وهذا طريق الفقهاء لأن الاستعمال في الضد إنما يكون لهم أو تمليح وليس ذلك في الفقه أو يكون لمشاكلته للفظ وقع في صحبته كجزاء سيئة سيئة ، وليس هنا ذلك (فتعين البطلان ، وكونه بيعا في حق) ثالث (ليس باعتبار جعلنا إياه مجازا عنه ، ولكن (لأمر ضروري) وهو أنه لما ثبت (به) مثل حكم البيع وهو الملك (ببطلان) يظهر في حق غيرهما ، إذ لا ولاية لهما على غيرهما ليصرفا موجب البيع عنه فيقتصر عليهما ويظهر بيعا في حق غيرهما ، ولثلا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار أو الخلطة ، فإذا فرض ثبوت ذلك في عودها إلى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده (قوله إذا ثبت هذا) أي هذا الخلاف في هذا الأصل (فنقول تفريعا عليه) إذا شرط (في الإقالة) الأكثر (كأن تقايلا على مائة والبيع بخمسين (فالإقالة على الثمن الأول) عند أي حنيفة ويبطل شرط الزيادة

قوله أقلتلك العقد في هذا العبد معناه على ذلك التقدير بعثك هذا العبد ، وذلك يقتضي نفي سابقة العقد ، واستدل أبو حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينفي عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه ، والأصل إعمال الألفاظ في حقائقها ، فإن تعذر ذلك صير إلى المجاز إن أمكن وإلا بطلا ، وهاهنا لم يمكن أن يجعل مجازا عن ابتداء العقد لأنه لا يَحْتَمَلُ لكونها ضده ، واستعارة أحد الضدين الآخر لا تجوز كما عرف في موضعه . فإن قيل : الإقالة بيع جديد في حق الثالث ولو لم يَحْتَمَلُ البيع لم يكن ذلك . أجاب المصنف بأن ذلك ليس بطريق المجاز ، إذ الثابت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة ، وهذا ليس كذلك إذ لا ولاية لهما على غيرهما لفظهما عاملا في حقه ، بل هو أمر ضروري ، لأنه لما ثبت مثل حكم البيع وهو الملك للبائع تبدل ظاهر موجه في حق ثالث دونهما لا ممتنع ثبوت الضدين في محل واحد ، وتقريره بوجه البسط أن البيع وضع لإثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته ، والإقالة وضعت لإزالة الملك وإبطاله ، وثبوت الملك للبائع من ضروراته ، فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما يثبت في المبايع ، فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين لأن لهما ولاية على أنفسهما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما لأنه ليس لهما ولاية على غيرهما . ووجه آخر أن المدعى أن كون الإقالة بيعا جديدا في حق ثالث ليس مقتضى الصيغة لأن كونها فسخا بمقتضاها ، فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو

(قوله معناه على ذلك التقدير بعثك هذا العبد الخ) أقول : مستعينا بالله تعالى : لا نسلم أنه معناه ذلك ، بل معناه بعثك هذا العبد الذي كنت بعته مني سابقا ، فإنه ليس مجازا عن مطلق البيع بل عن بيع كائن بعد بيع بينهما في هذا المحل على ما ينادى عليه كلام المهيب . وأيضا المجاز خلف عن الحقيقة في حق الحكم عند أبي يوسف وعبد كا حقيق في علم الأصول (قوله وذلك يقتضي نفي سابقة العقد) أقول : الأول أن يقول لا يقتضي سابقة العقد (قوله لأنه ليس لهما ولاية على غيرهما) أقول : ليصرفا موجب البيع عنه .

لتعذر الفسخ على الزيادة ، إذ رفع المالم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة . بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا أما لا يمكن إثباتها في الرفع ، وكذا إذا شرط الأقل لما بيناه إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل لأن الخط يجعل بإزاء ما فات بالعيب . وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله . وعند محمد رحمه الله جعله بيعا ممكن فإذا زاد كان قاصدا بهذا ابتداء البيع ، وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف رحمه الله لأنه هو الأصل عنده ، وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الأول لاسكوت عن بعض الثمن الأول ، ولو سكوت عن الكل وأقال يكون فسخا فهذا أولى ، بخلاف ما إذا زاد . وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيناه

(لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة) وإنما بطل لأن الإقالة رفع ما كان لا رفع مالم يكن (لأن رفع مالم يكن ثابتا محال) ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على مائة . توضيحه أن رفعه على مائة ترجع إلى المشتري والحال أنه لم يكن في الوجود العقد بمائة رفع مالم يكن له وجود فلا رفع أصلا إلا أن أصل العقد له وجود ، وإياه عنينا بالإقالة ، غير أنهما زاده شرطاً فاسداً فيثبت الرفع برفعهما ويبطل بالشرط الفاسد الذي زاده (بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن إثباتها فيه ويتحقق به الربا) ويصير بيعا فاسداً فلا يتصور إثباتها في الرفع (وكذا إذا شرط الأقل) عنده يصح بقدر الثمن الأول (لما بينا) أنه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الأول (إلا أن) يكون (حدث بالمبيع عيب) فيصح بالنقصان جعلاً للخط بإزاء ما فات بالعيب (وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف) وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعا ، وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف يصح به لأنه بيع (وعند محمد هو فسخ بالثمن الأول) باعتباره مريداً للأول لكنه سكوت عن بعضه (ولو سكوت عن الكل) بأن قال أقلتك (يكون فسخاً) عليه ، فإذا سكوت عن بعضه (أولى . بخلاف ما إذا زاد ، ولو دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بينا) من جعل الخط بإزاء ما نقص من العيب .

محال . والجواب لأبي حنيفة رحمه الله عما استدلل به أبو يوسف من ثبوت الأحكام ما قيل : الشارع يبطل الأحكام فلا يغير الحقائق فإنه أخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثاً ، وفساد الإقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الأحكام فجاز أن يغير ويثبت في ضمن الإقالة ، وأما الإقالة فمن الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ . إذا ثبت هذا : أي ما ذكر من الأصل نقول : إذا شرط الأكثر للإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة ، لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله ، والفسخ على الزيادة ليس كذلك لأن فيه رفع ما لم يكن ثابتاً وهو محال فيبطل الشرط لا الإقالة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة ، لأن الشرط يشبه الربا لأن فيه نقلاً لأحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة محال عن العوض ، والإقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الإقالة كما لا يؤثر في صحة البيع ، بخلاف البيع فإن الزيادة فيه إثبات مالم يكن بالعقد فيستحق الربا ، ولأن في الشرط شبهة الربا وهي معتبرة ، وكذا إذا شرط الأقل من الثمن الأول لما بينا من أن رفع مالم يكن ثابتاً محال ، والنقصان لم يكن ثابتاً فرفعه يكون محالاً إلا أن يحدث في المبيع عيب فجازت الإقالة بالأقل لأن الخط يجعل بإزاء ما فات بالعيب . وصورة هذه المسائل الثلاث : ما إذا اشترى جارية بألف درهم وتقايلا بألف درهم صحت الإقالة ، وإن تقايلا بألف وخمسمائة صحت بالألف ولما ذكر الباقي ، وإن تقايلا

(قال المصنف : إما لا يمكن إثباتها في الرفع) أقول : لفظ إما هنا ليس في مقامه ، والظاهر أن يقول بدله لكن .

ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا عندهما بيع لما بينا . ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالإقالة باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ . وعندهما تكون بيعا والإقالة قبل القبض في المنقول ، وغيره فسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله ، كذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع . وفي العقار يكون بيعا عنده لإمكان البيع ، فإن بيع العقار قبل القبض جائز عنده .

[فرع] باع صابونا رطبا ثم تقايلا بعد ما جف فنفق وزنه لا يجب على المشتري شيء لأن كل المبيع باق (قوله ولو أقال بغير الثمن الأول) بأن كان دراهم فأقال على دنانير تبلغ قيمتها قدرها (فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة وتجعل التسمية لغوا ، وعندهما بيع لما بينا) أنه عند أبي يوسف بيع وعند محمد إذا تعذر جعله فسخا جعل بيعا (قوله ولو ولدت المبيعة ولدا) يعني بعد القبض (ثم تقايلا فالإقالة باطلة عنده لأن الولد) زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة إذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع ، بخلاف ما قبل القبض . والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والأرث والعقر إذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والرفع ، وإن كانت بعد القبض متصلة فكذلك عنده ، وإن كانت منفصلة بطلت الإقالة لتعذر الفسخ معها ، والإقالة لا تصح على قوله إلا فسخا (وعندهما تكون بيعا) ومن ثمرات الخلاف أنهما لو تقايلا في منقول فقبل أن يسترد

بألف لإمائه ، فإن لم يدخلها عيب صحّت بألف ولغا النقص ووجب على البائع رد الألف على المشتري ، وإن دخلها عيب صحّت الإقالة بما شرط ويصير المخطوط بإزاء نقصان العيب ، لأنه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز أن يحتبس عند البائع جزء من الثمن . وجواب الكتاب مطلق عن أن يكون الخط بمقدار حصة العيب أو أكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه أو لا . وقال بعض المشايخ : تأويل المسئلة ذلك هذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد وإن كانت فسخا ، لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن ، فإذا زاد تعذر العمل بالحقيقة فيصير إلى المجاز صونا للكلام العقلاء عن الإلغاء . ولا فرق في الزيادة والنقصان عند أبي يوسف لأن الأصل عنده هو البيع ، وعند محمد الفسخ ممكن في فصل النقصان لأنه لو سكت عن جميع الثمن وأقال كان فسخا فهذا أولى . واعترض بأن كونه فسخا إذا سكت عن كل الثمن إما أن يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق ، والأول رد المختلف على المختلف ، والثاني غير ناهض لأن أبا يوسف إنما يجعله فسخا لامتناع جعله بيعا لانقضاء ذكر الثمن ، بخلاف صورة النقصان . فإن فيها ما يصلح ثمنا ، فإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل : يعني بالاتفاق ، لما بينا أن الخط يجعل بإزاء ما فات بالعيب ، ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة وتجعل التسمية لغوا ، وعندهما بيع لما بيناه من وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ، ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا بطلت الإقالة عنده لأن الولد مانع من الفسخ ، هذا إذا ولدت بعد القبض ، أما إذا ولدت قبله فالإقالة صحيحة عنده . وحاصله ما ذكره في النخبة أن الجارية إذا ازدادت ثم تقايلا ، فإن كان قبل القبض صحّت الإقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمل أو منفصلة كالولد والأرث والعقر ، لأن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة ، وإن كانت

(قوله والأول رد المختلف على المختلف) أقول : رد المختلف على المختلف ليس بمحذور عنده ، وله نظائر في هذا الكتاب ، مع أن المقصود من هذا الكلام إثبات أن ذلك منهجه فليأمل (قوله يعني بالاتفاق) أقول : اتفاق أبي يوسف لا يخلو عن بحث لعدم ظهور المانع من البيع .

(قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع منها) لأن رفع البيع يستدعى قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن

المبيع من المشتري باعه من المشتري ثانياً جاز البيع ، خلافاً لأبي يوسف لأن الممتنع البيع قبل القبض في البيع لا الفسخ . ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفاقاً لأنه بيع في حق الغير ، ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشتري في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وثمرة كونها بيعاً في حق غيرهما في مواضع أيضاً : منها أن المبيع لو كان عقاراً له شفع فسلم الشفعة في أصل البيع ثم تقايلاً وعاد إلى ملك البائع للشفيع أن يطلب الشفعة في الإقالة اتفاقاً . ومنها أن المبيع لو كان صرفاً كان التقابض من الجائنين شرطاً في صحة الإقالة مستحق الشرع فكانت بيعاً جديداً في حق الشرع . ومنها أنه لو اشترى شيئاً فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلاً وعاد إلى المشتري ثم إن البائع اشتراه من المشتري بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد . ومنها أن السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلاً فليس للواهب الرجوع على البائع لأن البائع في حق الواهب كأنه اشتراه قوله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع منها) ووجه الفرق أن المبيع مال حقيقة وحكماً لأنه عين متعين ، بخلاف الثمن لأنه إما ليس بمال بل دين حقيقة وحكماً فيما إذا لم يشر إلى نقد ، وإما مال حكماً لاحقيقة فيما إذا أشار إليه لعدم تعلق العقد بما أشار إليه بل بمثله في ذمته ، والدين مال حكماً لاحقيقة ، ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير أنها ترتد بالرد للمالية الحكيمة ، وهبة العين لاتصح بلا قبول بحال ، ولا تتأذى زكاة العين بالدين لأن الدين أنقص من العين في المالية ولا يتأدى الكامل بالنقص ، ولذا لم يحث من حلف لا مال له وله ديون عظام ، وإذا كان للمبيع هذه المزية وجب إظهارها ، وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لأن حاجته إلى المبيع والثمن سواء ، فأظهرناها في البقاء فجعلنا بقاء البيع حكماً مضافاً إلى قيام المبيع ، فإذا هلك ارتفع البيع وإن كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الإقالة ، إذ رفع مالا وجود له لا يتصور ، وإنما جازت الإقالة فيما إذا كان رأس مال السلم عرضاً معيناً وقبضه المسلم إليه ثم هلك باعتبار أن السلم في هذا كبيع المقايضة لأن المسلم فيه مبيع شرعاً معقود عليه فقد اعتبر العين ثمناً والدين عينا مبيعاً ، ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الإقالة ، ويضمن قيمة المالك أو مثله في الإقالة كما في حقيقة المقايضة كما سذكر . أما لو تقايلاً والبطلان قائماً ثم هلك أحدهما أي كان

الزيادة بعد القبض ، إن كانت منفصلة فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة لأنه لا يصححها إلا فسخاً وقد تعذر حقاً للشرع ، وإن كانت متصلة فهني صحيحة عنده لأنها لا تمنع الفسخ برضا من له الحق في الزيادة ببطلان حقه فيها ، والتقابل دليل الرضا فأمكن تصحيحها فسخاً ، والإقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع ، وأما في غيره كالعقار فإنه فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وأما عند أبي يوسف فبيع لجواز المبيع في العقار قبل القبض عنده . قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة الخ) هلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة ، وهلاك المبيع يمنع منها لأن رفع البيع يستدعى قيام البيع ، فإن رفع المعلوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لأن الأصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع ، بخلاف الثمن لأنه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وإن لم يكن موجوداً كما عرف في الأصول . ولو هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي لقيام المبيع فيه ، ولو تقايضاً جازت الإقالة بعد هلاك أحدهما : أي أحد العوضين ابتداءً بأن تبايعا عبداً تجارياً فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم أقالا البيع في الجارية وجب رد قيمة العبد ، ولا تبطل بهلاك أحدهما بعد وجودهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائماً ، أما إذا كان أحدهما مالاً وقت الإقالة والآخر قائماً وصحت الإقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت الإقالة ،

(فإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي) لقيام البيع فيه . وإن تقايضا تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما ولا تبطل بهلاك أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقيا . والله أعلم بالصواب .

فالإقالة صحيحة وعليه قيمة الهالك أو مثله (ولو هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي لقيام البيع فيه) (قوله ولو تقايضا) بالياء المثناة من تحت : أى تباعا ببيع المقايضة فهلك أحد العوضين (جازت الإقالة لأن كلا منهما مبيع) من وجه (فكان البيع باقيا) ببقاء العين القائمة منهما فأمكن الرفع فيه . وعليه تفرع ما لو اشترى عبدا بأمة وتقايضا ثم إن مشترى العبد باع نصفه من رجل ثم أقال البيع في الأمة جازت الإقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد ، وكذا لو لم يبع ولكن قطعت يد العبد وأخذ الأرش ثم أقال البيع في الأمة . ولو هلك البدلان قبل الإقالة ارتفع البيع فامتنعت الإقالة ، أما لو تقايلا بعد هلاك أحدهما وصحت الإقالة ثم هلك الآخر قبل الرد بطلت الإقالة أيضا . والفرق بين المقايضة والصرف فإن هلاك البدلين في الصرف غير مانع من الإقالة ، وفي المقايضة مانع أنه في الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الإقالة بل رده أو مثله فلم تتعلق الإقالة بهنهما فلا تبطل بهلاكهما ، بخلاف غيره من الباعيات فإنه يتعلق بعين المبيع . ولو تقايلا السلم ورأس المال مما لا يتعين قائم في يد المسلم إليه رده ، وإن كان هالكا فإنما عليه رد مثله ، ولو تقايلاه بعد ما قبض المسلم فيه وهو قائم في يد رب السلم صحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لأن المقبوض بعقد السلم وإن كان عقدا على دين معين ورد عليها العقد ولهذا يجوز بيعه مراحمة على رأس المال ذكره الإسييجاني .

[فروع] ما يمنع الرد بالعيب بمنع الإقالة ، ولذا إذا هلكت الزيادة المنصاة أو المنفصلة أو استهلكها أجنبي توقف الإقالة على القبول في المجلس ، وتجوز الإقالة من الوكيل بالبيع والسلم في قول أبي حنيفة ومحمد كالإبراء خلافا لأبي يوسف ، وإقالة الوكيل بالشراء لا تجوز بالإجماع ، وفسخ الموكل مع المشتري جائز ، وفي جمع التفاريق : إقالة الوارث جائزة ، وأطلق في الجامع جواز إقالة الوصي ، وهو مقيد بما إذا لم يبع بأكثر من القيمة ، فإن باع بأكثر منها لا تصح إقامته ، وكذا المتولي أيضا لو اشترى بأقل من القيمة ليس له الإقالة ، ولو كان الثمن عشرة دنائير ودفع إليه الدراهم عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجوع بالدنانير التي وقع العقد عليها لا بما دفع وكذا لو رد بالعيب ، وكذا في الإجارة لو فسخت ولو عقد بدراهم ثم كسبت ثم تقايلا فإنه يرد تلك الدراهم الكاسدة ، ولو عقدا بثمن مؤجل ثم جلدنا بحال أو على القلب انفسخ الأول ، وكذا لو عقدا بدراهم ثم جلدنا بدنانير أو على القلب ، أما لو جلدنا بدراهم أكثر وأقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه ، وقالوا لو باع بائني عشر وحط عنه درهمين ثم عقدا بعشرة لا يفسخ الأول لأنه مثله ، إذ الحط يلتحق بأصل العقد إلا في اليمين فيحنث لو كان حلف لا يشتره بائني عشر درهما . ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك فإن باعه جاز وانفسخ الأول ، ولو قال بعه لى أو لم يزد على قوله بعه أو زاد قوله ممن شئت لا يصح في الوجوه لأنه توكيل . ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا يفسخ البيع ، ولو وهبه قبل القبض انفسخ : يعنى إذا قبل .

ولا يشكل بالمقايضة فإنها لا تبقى إذا هلك أحد العوضين قبل القبض أو كان أحدهما هالكا وقت البيع فإنها لا تصح ، مع أن كل واحد منهما في معنى الآخر لأن الإقالة وإن كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فتجوز بعد هلاك العوضين ، بخلاف المقايضة فإنها يبيع على الحقيقة ، ولكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعا فألحق

(قوله لأن الإقالة وإن كان الخ) أقول : تحليل لقوله ولا يشكل بالمقايضة .

(باب المراجعة والتولية)

قال (المراجعة نقل ماملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح ،

ولو قال البائع قبل القبض أعتقه فأعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف العتق باطل . وفي الفتاوى الصغرى : جحود ما عدا النكاح فسخ ، وعليه ما قرع في فتاوى قاضيخان وغيرها . باع أمة فأنكر المشتري الشراء لايجل للبائع وطؤها إلا إن عزم على ترك الخصومة فيحل له حينئذ وطؤها لأن جحود المشتري فسخ في حقه ، وإذا عزم على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منهما ، وكذا لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعى لايجل للبائع وطؤها ، فإن ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بذلك حل له وطؤها ، ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى في أيام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له لأنه أنكر قبض غيرها ، فإن رضى البائع بها حل وطؤها لأن المشتري لما رد أخرى فقد رضى بتملك البائع الثانية بالأولى ، فإذا رضى البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي ، وكذا القصار والإسكاف . وكذا لو اشترى شيئا مما يتسارع إليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري إلى بيته ليحجىء بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساد ما كان له أن يبيعه من غيره استحسانا ، والمشتري منه أن ينتفع به وإن كان يعلم ذلك لأن البائع رضى بانفساخ البيع الأول والمشتري كذلك ظاهرا ، ثم ينظر إن كان الثمن الثاني أكثر من الأول فعليه أن يتصدق بالزيادة ، وإن كان أنقص فالنقصان على البائع لأعلى المشتري الأول . ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع بأقل من الثمن الأول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل أقلنا به فالقول للمشتري مع يمينه في إنكار الإقالة ، فإن كان البائع هو الذي يدعى أنه اشتراه من المشتري بأقل مما باعه والمشتري يدعى الإقالة يحلف كل على دعوى صاحبه .

(باب المراجعة والتولية)

(قوله المراجعة نقل ماملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح ،

بالببيع من كل وجه ، وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد إذا كان قبل القبض ، وإنما قيد بهلاك أحدهما لأن هلاكهما جميعا مبطل للإقالة ، بخلاف التصارف فإن هلاك البديلين جميعا فيه غير مانع عن الإقالة ، مع أن لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثلث كما في المقايضة ، لأنهما لما لم يتعينا لم تتعلق الإقالة بأعيانهما لو كانا قائمين بل رد المقبوض ورد مثله سوان ، فصار هلاكهما كقيامهما ، وفي المقايضة تعلقت بأعيانهما قائمين فتي هلك لم يبق شيء من المعقود عليه ترد الإقالة عليه . واعلم أن الإقالة تصبح بلفظين : أحدهما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول أقلنى فيقول الآخر أقلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا تصبح إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل أن يقول أقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتبارا بالبيع . ولهما أن الإقالة لا تكون إلا بعد نظر وتأمل فلا يكون قوله أقلنى مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع .

(باب المراجعة والتولية)

(باب المراجعة والتولية)

والتولية نقل مملكته بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح)

والتولية نقل مملكته بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح) أورد عليه ما لو باع دنانير اشتراها بدرهم مراجعة لا يجوز مع صدق التعريف عليه. وأجيب عنه في بعض المواضع بأنه بيع مراجعة، وكونه لا يجوز شيء آخر. وأعلم أن معنى السؤال المراجعة جائزة بلا استثناء شيء، وهذا من ماصدقاته فيجب أن يجوز لكنه لا يجوز. والجواب عنه بأن المراد

لما فرغ مما يتعلق بالأصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعهما شرع في بيان الأنواع التي تتعلق بالثمن من المراجعة والتولية وغيرها، وقد ذكرنا في أول البيوع ووعدنا تفصيلها وهذا موضعه. وعرف المراجعة بنقل مملكته بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح. واعترض عليه بأنه غير مطرد ولا منعكس. أما الأول فلأن من اشترى دنانير بالدراهم مراجعة لا يجوز بيع الدنانير مراجعة مع صدق التعريف عليه. وأما الثاني فلأن المغضوب الآتي إذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه من الغاصب مراجعة، والتعريف ليس بصادق عليه لأنه لا عقد فيه، وبأنه مشتمل على إيهام يجب عنه خلط التعريف، وذلك لأن قوله بالثمن الأول إما أن يراد به عين الثمن الأول أو مثله، لا سبيل إلى الأول لأن عين الثمن الأول صار ملكا للبائع الأول فلا يكون عينه مرادا في البيع الثاني، ولا إلى الثاني لأنه لا يخلو إما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار، والأول ليس بشرط لما ذكر في الإيضاح والمحيط أنه إذا باعه مراجعة فإن كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدراهم من الدراهم أو من غير الدراهم من الدنانير أو على العكس إذا كان معلوماً يجوز به الشراء لأن الكل ثمن. والثاني يقتضي أن لا يضم إلى رأس المال أجرة القصار والصباغ والطرار وغيرها لأنها ليست بشمن في العقد الأول، على أن الثمن ليس بشرط في المراجعة أصلاً، فإنه لو ملك ثوباً بجهة أو وصية فقومه ثم باعه مراجعة على تلك القيمة جاز، والمسئلة في المبسوط. قيل: فعلى هذا الأولى أن يقال نقل مملكته من السلع بما قام عنده. والجواب عن الأول أننا لا نسلم صدق التعريف عليه، فإنه إذا لم يميز البيع لا يصدق عليه النقل. وعن الثاني بأن المراد بالعقد أعم من أن يكون ابتداء أو انتهاء، وإذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقداً حتى لا يقدر المالك على رد القيمة وأخذ المغضوب، والمراد بالمثل هو المثل في المقدار، والعادة جرت بإلحاق ما يزيد في المبيع أو قيمته إلى رأس المال فكان من جملة الثمن الأول عادة، وإذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً عما قام عنده من غير خيانة فتدخل فيه مسألة المبسوط، وإنما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المراجعات فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة (قوله والتولية نقل مملكته بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح) يرد عليه ما كان يزد على المراجعة من حيث لفظ

(قوله من البيوع اللازمة وغير اللازمة) أقول: من الذي فيه الخيار ومن الفاسد (قوله أما الأول، إلى قوله: فلأن المغضوب) أقول: المسئلة في قاضيخان (قوله وذلك لأن قوله بالثمن الأول الخ) أقول: الثمن الأول غير متعين فكيف تكون عينه ملكاً للبائع ويشهد عليه تحليل عدم جواز المراجعة في الصرف، والأولى أن يقول: لا سبيل إلى الأول إذ لا يتصور ذلك (قوله من جنس رأس المال الدراهم) أقول: قوله الدراهم يدل من رأس المال (قوله من الدراهم) أقول: بيان الجنس (قوله أو من غير الدراهم) أقول: عطف على من جنس (قوله من الدنانير) أقول: بيان لغير (قوله أو على العكس الخ) أقول: بأن يكون رأس المال دنانير، ولا يخفى عليك أن ما نقله من ذلك الكتابين إنما يدل على عدم اشتراط مماثلة الربح لرأس المال جنساً لأعلى عدم شرطية مماثلة الثمن الثاني للأول في الجنس (قوله والجواب عن الأول أننا لا نسلم صدق التعريف عليه الخ) أقول: فيبحث، فإنه لا يجوز البيع الفاسد، ويصدق عليه مبادلة المال بالمال، ويجوز أن يقال المعروف هاهنا المراجعة الصحيحة، والمراد بالنقل هو النقل الصحيح الشرعي لأن المطلق ينصرف إلى الكامل، ثم أقول: ويمكن أن يجاب عن أصل الاعتراض الأول بأن يقال: المراد بما ملكه هو المملوك المجهود الذي كان الكلام إلى هنا فيه: أي السلع، أو المراد بالعقد الأول العقد المجهود الذي كنا نتكلم فيه وهو بيع العين بالثمن، فإن السلم والصرف لم يسبق الكلام فيهما، والفرق بين الجوابين ظاهر، فإن الأول أشبه (قوله وإذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً الخ) أقول: لا بد للمجاز من قرينة وهي غير ظاهرة هنا.

نقل مملكته مما هو يبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الأول ، فإن كون مقابله ثمننا مطلقا يفيد أن مملكته بالضرورة مبيع مطلقا ثم إننا لم تجز المراجعة في ذلك لأن بدل الصرف لا يتعينان فلم تكن عين هذه الدنانير متعينة لتلزم مبيعا . والذي يلزم وروده على التقدير الذي صححنا به الإيراد ما إذا اشتراه بثمن نسيئة لا يجوز أن يربح عليه مع أنه يصدق النقل بالثمن الأول إلا أن يقال إذا كان فيه أجل فالثمن الأول بمقابلة شيئين فلم يصدق في أحدهما أنه يمثل الثمن الأول . والحق أنه وارد على الطرد ، وكون المراجعة غير صحيحة هو معنى عدم وجودها شرعا فيرد السؤال : وعلى عكسه مسائل : الأولى ما إذا أبق العبد المغصوب فقضى بقيمته على الغاصب ثم عاب للغاصب أن يبيعه مراجعة على القيمة التي أداها فهذا بيع مراجعة ، ولا يصدق عليه نقل مملكته بالثمن الأول ، وكذا إذا باعه مراجعة بما قام عليه ، وكذا لو ملكه بهنة أو إرث أو وصية وقومه قيمته ثم باعه مراجعة على تلك القيمة أنه يجوز . وصورة هذه المسئلة أن يقول : قيمته كذا أو رقمه كذا فأرابطك على القيمة أو رقمه . ومعنى الرقم أن يكتب على الثوب المشتري مقدارا سواء كان قدر الثمن أو أزيد ثم يربحه عليه ، وهو إذا قال رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا ، فإن غبن المشتري فيه فمن قبل جهله . وأجيب بما حاصله أن الغضب ملحق بالمعاوضات ، ولذا صح إقرار المأذون به لما كان إقراره بالمعاوضات جائزا فالقيمة بالقضاء بها بمنزلة الثمن الذي اشترى به ، وصرح في الفتاوى الكبرى في مسألة الغضب أنه يقول قام على بكذا ، وجواب الثانية يأتي في هذا الكتاب ، والثالثة ما ذكرنا من أن مبنى المراجعة على عدم الخيانة ، وهو إذا قال قيمته كذا أو رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا ، والحق أنه لا يدفع ما على عكس الحد ، وهو أن المراجعة نقل مملكته بالثمن الأول مع زيادة ربح ولا ثمن سابق أصلا والله أعلم . ومما يرد أيضا ما إذا كان رأس المال عبدا مثلا فباع المبيع مراجعة على العبد ممن صار إليه العبد بربح معين فإنه يجوز مراجعة ، ولا يصدق عليه أنه يمثل الثمن الأول فإنه بعينه لا بمثله . ويجاب بأن هذا العبد في حكم عبد آخر لأن اختلاف الأسباب يوجب اختلاف الأعيان (قوله والبيعان جائزان) استدلل على جوازهما بالمعنى وعلى التولية بالنص فقال : إن النبي صلى الله عليه وسلم إلى آخره : وفي التولية أحاديث لا شبهة فيها : منها ما أخرج عبد الرزاق ، أخبرنا معمر عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « التولية والإقالة والشركة سواء » لا بأس به ، ولا خلاف في مرسل سعيد : أخبرنا ابن جريج عن ربيعة عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثا مستفاض بالمدينة قال « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه ، إلا أن يشرك فيه أو يوليه أو يقبله » وحديث أبي بكر الذي ذكره المصنف في البخاري عن عائشة . وفيه « إن أبا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم : خذ بأبي أنت وأمي إحدى راحلتي هاتين ، فقال صلى الله عليه وسلم : بالثمن » أخرجه في بدء الخلق . وفي مسند أحمد قال صلى الله عليه وسلم « قد أخذتها بالثمن » وفي الطبقات لابن سعد : « وكان أبو بكر قد اشتراها بثمانمائة درهم من نعم بن قشير فأخذ إحداها وهي القصواء » . فما رواه المصنف يصح بالمعنى ، وتفصيله قريب مما ذكر ابن إسحاق في السيرة قال فيها « فلما قرب أبو بكر الراحلتين إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أفضلهما ثم قال له : اركب فذاك أبي وأمي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا أركب بعيرا ليس لي ، قال : فهى لك يا رسول الله ، قال : لا ولكن بالثمن الذي ابتعتها به قال كذا وكذا ، قال قد أخذتها بذلك ، قال هى لك يا رسول الله ، فركبا وانطلقا » ذكر السهيلي عن بعض أهل

العقد والثمن الأول ، والجواب الجواب (والبيعان جائزان) لاستجماع شرائط الجواز ، ولتعامل الناس من غير

لاستجماع شرائط الجواز، والحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع، لأن الغبي الذي لا يهتدى في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكي المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما، ولهذا كان مبناهما على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها، وقد صحح «أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: ولني أحدهما، فقال: هو لك بغير شيء، فقال عليه الصلاة والسلام: أما بغير ثمن فلا» قال (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل) لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة (ولو كان المشتري باعه مراجعة ممن يملك ذلك البديل وقد باعه بربح درهم أو بشيء من المكيل موصوف جاز) لأنه يقدر على الوفاء بما التزم (وإن باعه بربح ده يازده لا يجوز) لأنه باعه برأس المال وبيع بعض قيمته لأنه ليس من ذوات الأمثال.

العلم، أنه سئل لم لم يقبلها إلا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك، وقد دفع إليه حين بنى بعائشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر: ألا تبني بأهلك يا رسول الله؟ فقال: لولا الصداق، فدفع إليه ثنتي عشرة أوقية ونشا. والنش هنا عشرون درهما؟ فقال: إنما فعل لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة إلى الله تعالى، وأن يكون على أتم أحوالها، وهو جواب حسن، وأما المعنى فهو قوله (لاستجماع شرائط الجواز) ولما لم يكف ثبوت الشرائط في الشرعية أفاد عاتها بقوله (والحاجة ماسة إلى هذا النوع من التصرف لأن الغبي الذي لا يهتدى في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد) على (فعل المهتدى وتطيب بنفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما) ولا يخفى أنه لا يحتاج إلى دليل خاص لجوازهما بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقا بما تراضيا عليه بعد أن لا يخل بما علم شرطا للصحة، بل دليل شرعية البيع مطلقا بشروطه المعلومة هو دليل جوازهما، إذ لازية فيهما إلا اقترانهما بإخبار خاص، إذ حاصله أنه يبيعه بثمن كذا تخبر بأن ذلك الثمن الذي اشترت به أومع زيادة لا أرضى بدونها، ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض) يعني الثمن (مما له مثل) كالنقدين والحنطة والشعير وما يكال ويوزن والعددي المتقارب، بخلاف غير المتقارب كالبطيخ والرمان ونحوهما (لأنه لو لم يكن له مثل) بأن اشترى ثوبا بعبد مقايضة مثلا لو رابحه أو ولاه إياه كان يبيعه بقيمة عبد صفته كذا أو بقيمة عبد ابتداء وهي مجهولة وذلك معلوم أنه لا يجوز. أما لو كان ما اشتراه به وصل إلى من يبيعه منه فربحه عليه بربح معين كأن يقول أبيعك مراجعة على الثوب الذي يبيدك وبيع درهم أو كر شعير أو ربح هذا الثوب (جاز لأنه يقدر على الوفاء بما التزمه) من الثمن بخلاف (مالو باعه) والحالة هذه (بربح ده يازده) فإنه (لا يجوز لأنه باعه برأس المال وبيع بعض قيمته)

إنكار ولمساس الحاجة، لأن الغبي الذي لا يهتدى في التجارة والصفة كاشفة يحتاج إلى أن يعتمد على فعل الذكي المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح، وقد صححت التولية من النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكره في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود المقضي وانتفاء المانع (ولهذا) أي للاحتياج إلى الاعتماد كان مبني البيوعين: أي بناؤهما على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها، وأكد بقوله والاحتراز عن الخيانة وأصاب لاقتضاء المقام ذلك، وعن هذا لم تصح المراجعة والتولية فيما إذا كان الثمن الأول من ذوات القيم لأن المعادلة والمماثلة في ذوات القيم إنما تعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة بشبهة الخيانة كما لم تجز المجازفة في الأموال الربوية لذلك، وكل ما حرم حرم ما يشبهه لأن الحرمة مما يختلط فيه. قال (ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل الخ) لا تصح المراجعة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا آنفا أن مبناهما على الاحتراز عن

(ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والطرار والصبيغ والقتل وأجرة حمل الطعام) لأن العرف جار يلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار ، ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الأصل ، وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبيغ وأخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام على " بكذا ولم يقل اشتريته بكذا) كى لا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل ، بخلاف أجرة الراعى وكراء بيت الحفظ لأنه لا يزيد في العين والمعنى ، وبخلاف أجرة التعليم لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حداقته ،

فإن معنى ده يازده كل عشرة أحد عشر ، وهذا فرع معرفة عدد العشرات وهو بتقويم العبد ، وهذا بناء على أن لفظ ده يازده ومعناه العشرة أحد عشر : أى كل عشرة ربحها واحد يقتضى أن يكون الحادى عشر من جنس العشرة ، ولا شك أنه غير لازم من مفهوم ذلك ، ولكن لزوم ذلك رفعا للجهالة ولا يثبت ، وحينئذ فالمرابحة على العبد يده يازده تقتضى أنه باعه بالعبد وبيعضه أو بمثل بعضه وهو كل عشرة أجزاء من العبد ربحها جزء آخر منه ، وحين عرف أن المراد كل عشرة دراهم أحد عشر لزم حينئذ ما ذكر وهو أنه باعه بالعبد وبيعض قيمته .

[ومن فروع ذلك] اشترى عبدا بعشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل مانقد والربح من نقد البلد إذا أطلقه لأن الثمن الأول يتعين في العقد الثانى ، والربح مطلق فينصرف إلى نقد البلد ، فإن نسب الربح إلى رأس المال فقال بعثك بربح العشرة أحد عشر أو بربح ده يازده فالربح من جنس الثمن لأنه عرف بنسبته إليه . وفي المحيط : اشترى بنقد نيسابور ، وقال ببلغ قام على " بكذا أو باعه بربح مائة أو بربح ده يازده فالربح ورأس المال على نقد ببلغ إلا أن يصدقه المشتري أنه نقد نيسابور أو تقوم بينة ، وإذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد ببلغ ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور ، وإن كان على عكسه واشتراه ببلغ بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك ، وأعلم أن المعتبر في المرابحة ما وقع العقد الأول عليه دون ما دفع عوضا عنه ، حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينارا أو ثوبا قيمته عشرة أو أقل أو أكثر فإن رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لأن وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال (قوله ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والصبيغ) أسود كان الصبيغ وغيره (والطرار والقتل وأجرة حمل الطعام) برا أو بحرا (لأن العرف جار يلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار ، والأصل أن كل ما يزيد في المبيع أو في القيمة يلحق به) أى برأس المال (وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبيغ وأخواته من الطراز والقتل (يزيد في العين والحمل) من مكان إلى مكان (يزيد في القيمة لاختلاف القيمة باختلاف الأماكن) قال في الإيضاح : هذا المعنى ظاهر ، ولكن لا يتمشى في بعض المواضع ، والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها (و) إذا ضم ما ذكر (يقول قام على " بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تجرزا عن الكذب وسوق الغنم) والبقرة (كالحمل) يضمه (بخلاف أجرة الراعى والبيت للحفظ لأنه لا يزيد في العين) ولا القيمة فلا يضم ، وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع ، بخلاف سائق الغنم (و) كذا (أجرة تعليم العبد) صناعة أو قرآنا أو علما أو شعرا (لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه) أى في المتعلم (وهو حداقته) فلم يكن ما أنفق على المعلم موجبا للزيادة

الحياة وشبهها والاحتراز عن الحياة في القيميات إن أمكن ، وقد لا يمكن عن شبهها لأن المشتري لا يشتري المبيع إلا بقيمة ما وقع فيه من الثمن ، إذ لا يمكن دفع عينه حيث لم يملكه ، ولا دفع مثله إذ الفرض علمه فتعينت القيمة وهى مجهولة تعرف بالحرز والظن فيتمكن فيه شبه الحياة ، إلا إذا كان المشتري باعه مرابحة بمن ملك ذلك البلد

في المسالية ، ولا يخفى ما فيه إذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم ، ولا شك أنه مسبب عن التعليم عادة ، وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبيغ فلا تمنع نسبته إلى التعليم كما لا تمنع نسبته إلى الصبيغ وإنما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا ينضم . وفي المبسوط أضاف نفي ضم المنفق في التعليم إلى أنه ليس فيه عرف ، قال : وكذا في تعليم الغناء والعربية ، قال : حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال ، وكذا لا يلحق أجره الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق لأنه نادر فلا يلحق بالسائق لأنه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف ، وتضم أجره السمسار في ظاهر الرواية . وفي جامع البرامكة : لانضم لأن الإجارة على الشراء لا تصح إلا ببيان المنة ، ووجه ظاهر الرواية العرف فيه . وقيل : إن كانت مشروطة في العقد تضم ، وقيل أجره الدلال تضم ، كل هذا ما لم تجر عادة التجار ، ولا يضم ثمن الجلال ونحوها في الدواب ، وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم إلا ما كان سرفا وزيادة . ويضم علف الدواب إلا أن يعود عليه شيء متولد منها كألبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد ، بخلاف ما إذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ أجرته فإنه يربح مع ضم ما أنفق عليه ، لأن أئمة ليست متولدة من العين ، وكذا دجاجة أصاب من يبيضا يحتسب بما ناله وبما أنفق ويضم الباقي وتضم أجره التجصيص والتطين وحفر البئر في الدار والقناة في الأرض ما بقيت هذه ، فإن زالت لانضم ، وكذا سقى الزرع والكرم وكسحه ، ولو قصر الثوب بنفسه أو طين أو عمل هذه الأعمال لا يضم شيئا منها ، وكذا لو تطوع متطوع

من البائع الأول بسبب من الأسباب فإنه يشتره بربح معلوم من دراهم أو شيء من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم . وأما إذا اشتراه بربح ده يارده مثلا : أي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم ، فإن كان الثمن الأول عشرين درهما كان الربح درهين وإن كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فإنه لا يجوز لأنه اشتراه برأس المال ، وبيع بعض قيمته لأنه ليس من ذوات الأمثال فصار البائع بائعا للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا أو يجزء من أحد عشر جزءا من الثوب ، والجزء الحادى عشر لا يعرف إلا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز ، ثم الثمن الأول إن كان نقد البلد فالربح ينصرف إليه ، وإن كان غيره فلا يخلو إما أن يطلق الربح أو ينسب إلى رأس المال ، فإن كان الأول كما إذا قال بعثك بالعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد ، وإن كان الثاني كقوله بعثك بربح العشرة أو هو يارده فالربح من جنس الثمن الأول لأنه عرفه بالنسبة إليه فكان على صفته . ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجره القصار والصبيغ والطراز والقتل وأجرة حمل الطعام ، لأن العرف جار يلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار ، لأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به ، هذا هو الأصل ، وهذه الأشياء تزيد في ذلك ، فالصبيغ وأخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة لأنها تختلف باختلاف المكان فيلحق به ، ويقول قام على بكذا ولا يقول اشترته بكذا كي لا يكون كاذبا لأن القيام عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى . وإذا باع بالرقم يقول رقمه كذا فأنا أبيعته مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل ، بخلاف أجره الراعى وكراء بيت الحفظ لأنه لا يزيد في العين ولا في القيمة ، وبخلاف أجره التعليم ، فإذا أنفق على عبده في تعلم عمل من الأعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لأن الزيادة الحاصلة في المسالية باعتبار معنى في المتعلم وهو الحلق والدكاء لا بما أنفق على المعلم ، وعلى هذا أجره الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق والحجامة والختان

فإن اطلع المشتري على خيانة في المراجعة فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله ، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه (وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن : وقال أبو يوسف رحمه الله : يحط فيهما . وقال محمد رحمه الله : بخير فيهما) لمحمد رحمه الله أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوما ، والتولية والمراجعة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بقواته . ولأبي يوسف رحمه الله أن الأصل فيه كونه تولية ومراجعة ولهذا ينعقد بقوله وليتلك بالثمن الأول أو بعثك مراجعة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الأول وذلك بالحط ، غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المراجعة منه ومن الربح . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه لو لم يحط في التولية لاتبقت تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فيتغير التصرف فتعين الحط

بهذه الأعمال أو بإعارة (قوله فإن اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) إما بإقرار البائع أو بالبينة أو بنكوله عن اليمين وقد ادعاه المشتري هذا على المختار . وقيل لا تثبت إلا بإقراره لأنه في دعوى الخيانة مناقض فلا يتصور بينة ولا نكول ، والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط فلأنها تسمع (فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله ، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك) وإن اطلع عليها في التولية يحط قدرها (وقال أبو يوسف : يحط فيهما) أي في المراجعة والتولية وهو قول الشافعي (وقال محمد : بخير فيهما) وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى (لمحمد أن الاعتبار فيهما ليس إلا للتسمية) لأن الثمن به يصير معلوما وبه ينعقد البيع ، ولا خيار بأنه الثمن الأول فيهما لا يتعلق الانعقاد به ، إنما هو (ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه) كوصف الكتابة والحيطة (بفواته) بظهور أن الثمن ليس ذلك (يتخير . ولأبي يوسف أن الأصل فيه) أي في عقد المراجعة والتولية (كونه تولية ومراجعة) وذلك بالبناء على الثمن الأول فيتعلق به العقد باعتبار أنه تولية ومراجعة عليه (وذلك بالحط غير أنه يحط في التولية مقدار الخيانة من رأس المال وفي المراجعة يحطه منه ومن الربح) على نسبته ، حتى لو ربح في ثوب على عشرة بخمسة فظهر أن الثوب بثانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن درهمن من رأس المال ومن الربح خمسة وهو درهم (ولأبي حنيفة) في الفرق بينهما كما قال أبو يوسف في التولية وهو (أنه لو لم يحط فيها لاتبقت تولية لأنه يزيد على الثمن الأول) والعقد إنما يتعلق باعتبارها فيتغير التصرف إلى بيع آخر بثمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر

(فإن اطلع المشتري على خيانة في المراجعة) إما بالبينة أو بإقرار البائع أو بنكوله عن اليمين (فهو بالخيار عند أبي حنيفة إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه ، وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن . وقال أبو يوسف : يحط فيهما) أي في المراجعة والتولية (وقال محمد : بخير فيهما) لمحمد أن الاعتبار للتسمية لأن الثمن يجب أن يكون معلوما ولا يعلم لا بالتسمية ، وإذا كان الاعتبار لها يتعلق العقد بالمسمى (والتولية والمراجعة ترغيب وترويج فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة) وفواته يوجب التخيير (ولأبي يوسف أن الأصل في هذا العقد كونه مراجعة وتولية) لا التسمية ، ولهذا لو قال وليتلك بالثمن الأول أو بعثك مراجعة على الثمن الأول والحال أنه معلوم واقتصر على التسمية صح العقد ، والتسمية كالتفسير فإذا ظهرت الخيانة بطلت صلاحيتها لذلك فيبقى ذكر المراجعة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الأول فيحط الخيانة في الفصلين جميعا ، غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المراجعة من رأس المال والربح جميعا ، كما إذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الأول ثمانية يحط قدر الخيانة من الأصل وهو درهمن ، ويحط من الربح درهما فيأخذ الثوب باثني عشر درهما (ولأبي حنيفة أنه لو لم يحط في التولية لاتبقت تولية) لأنها تكون بالثمن الأول وهذا ليس كذلك ، لكن لا يجوز أن لاتبقت تولية لثلاث يتغير التصرف فيتعين الحط ، وفي المراجعة لو لم يحط تبقى مراجعة كما كانت من غير تغير التصرف

وفي المراجعة لو لم يحط بتبني مراجعة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير ، فلو هلك قبل أن يردّه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط ، بخلاف خيار العيب لأنه المطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه . قال (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه ، فإن باعه مراجعة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك ، فإن كان استغرق الثمن لم يبيعه مراجعة ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : يبيعه مراجعة على الثمن الأخير) صورته : إذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مراجعة بخمسة ويقول قام على بخمسة ، ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مراجعة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مراجعة أصلا . وعندهما يبيعه مراجعة على العشرة في الفصلين . لهما أن العقد الثاني عقد متجدد . منقطع

(و) أما (في المراجعة لو لم يحط) لا تخرج عن كونها مراجعة لتغير التصرف (وإن كان يتفاوت الربح) فإنه يظهر أن الربح أكثر مما ظنه المشتري (فأمكن القول) ببقاء العقد ولكن يتخير لما ذكر محمد من قوآت الوصف المرغوب فيه (فلو هلك) المبيع (قبل أن يردّه) أو استهلكه (أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط) وفيهما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد (بخلاف خيار العيب) لأن المستحق فيه جزء فائت يطالب به (فيسقط ما يقابله إذا عجز عن تسليمه) وأما على قول أبي يوسف ، فلو هلك المبيع أو انتقص يحط . وقوله في الروايات الظاهرة احتراز عما عن محمد من غير رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على أصله في مسألة التحالف بعد هلاك الساعة أنه يفسخ بعد التحالف دفعا للضرر عن المشتري ويرد القيمة ويسترد الثمن (قوله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه) من الذي باعه منه بمثل ما باعه (فإن باعه مراجعة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك ، فإن كان) الربح (استغرق الثمن لم يبيعه مراجعة) إلا أن يبين (هذا عند أبي حنيفة) وهو مذهب أحمد (وقال أبو يوسف ومحمد : يبيعه مراجعة على الثمن الأخير) وهو قول الشافعي ومالك رحمهم الله (صورته إذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة) من باعه منه بعد التقابض فإنه يطرح عن هذه العشرة التي اشتراه بها منه الخمسة التي ربحها (فيبيعه مراجعة) على خمسة (ويقول قام على بخمسة ؛ ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين مراجعة ثم اشتراه) من باعه منه (بعشرة لا يبيعه مراجعة أصلا) إلا أن يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة وأنا أبيع بربح كذا على هذه العشرة (وعندهما يبيعه مراجعة على) الثمن الأخير وهو (عشرة في الفصلين) من غير بيان (لهما أن العقد الثاني) وإن كان ممن كان باعه منه فهو (عقد متجدد منقطع

لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضا ، فلو هلك المبيع قبل أن يردّه أو استهلكه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المراجعة ، فمن قال بالخط كان له الخط (ومن قال بالفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية) وقد تعذر الرد بالهلاك أو غيره فيسقط خياره ، بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لأجل العيب لأن المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتسليم الجزء الفائت فيسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه ، وقيد بالروايات الظاهرة احتراز عما روي عن محمد في غير رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن دفعا للضرر عن المشتري . قال (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح) الكلام في وضع هذه المسئلة وصورتها ظاهر وإنما الكلام في دليلها (قال : العقد الثاني عقد متجدد منقطع

الأحكام عن الأول فيجوز بناء المراجعة عليه كما إذا تخلل ثالث : ولأبي حنيفة رحمه الله أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة ، لأنه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب الشبهة كالحقيقة في بيع المراجعة احتياطاً ولهذا لم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الخطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوباً بعشرة فيطرح عنه خمسة ،

الأحكام عن الأول (ولذا لو كان في الأول خيار لا يكون في الثاني ، وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله مراجعة أو وضعية ، ولذا لو كان أصله هبة أو ميراثاً فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه مراجعة على الثمن الأخير ، ولا يعتبر ما كان قبله ، وإلا لم تجز المراجعة أصلاً ، وهذا لأن بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الأول لأن اختلاف الأسباب باختلاف العين على ما عرف ، وصار (كما لو تخلل ثالث) بأن اشترى بعشرة من اشترى من المشتري منه بعشرين (ولأبي حنيفة أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به) أى بالعقد الثاني (ما كان على شرف السقوط) من ذلك الربح (بأن يظهر) المشتري (على عيب) فيرده فيزول الربح عنه ، فإذا اشتراه منه تأكد : أى تقرر ملكه لذلك الربح وللتأكيد في بعض المواضع حكم الإيجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكيدهم ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج أو بارتداد ، وعلى اعتبار التأكيد يصير البائع في مسئلتنا مشترياً بالعقد الثاني ثوباً وخمسة دراهم بعشرة دراهم فتكون الخمسة بإزاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة ، وهذا الاعتبار واجب (لأن الشبهة في المراجعة ملحقه بالحقيقة ولذا لم تجز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الخطيطة) لأن الغالب في الصلح ذلك فيجب أن يبيعه مراجعة على خمسة : فإن قيل : لو كان كذلك ينبغي أن لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين لأنه على هذا التفسير يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض : أجيب بأن التأكيد إنما حصل به شبهة الإيجاب احترازاً عن الخيانة وذلك يتحقق بالنسبة إلى العباد لا بالنسبة إلى الشرع ، وشرعية المراجعة لمعنى راجع إلى العباد لا الشرع ، ولذا إذا

الأحكام عن الأول (وهو ظاهر ، وكل ما هو كذلك يجوز بناء المراجعة عليه كما إذا تخلل ثالث بأن اشترى من مشتري مشترية (وقال أبو حنيفة شبهة حصول الربح) الحاصل بالعقد الأول ثابتة (بالعقد الثاني لأنه كان على شرط السقوط) بأن يرد عليه ببيع ، فإذا اشتراه من المشتري تأكد ما كان على شرط السقوط ، وللتأكيد في بعض المواضع حكم الإيجاب كما لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمّنوا نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط ، وإذا كانت شبهة الحصول ثابتة صار كأنه اشترى بالعقد الثاني ثوباً وخمسة دراهم بعشرة ، فالخمس بإزاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مراجعة على خمسة احترازاً عن شبهة الخيانة فإنها كحقيقتها احتياطاً في بيع المراجعة ، ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مراجعة على العشرة لأن الصلح مبناه على التجوز والخطيطة ، ولو وجد الخط حقيقة ماجاز البيع مراجعة ، فكذا إذا تمكنت الشبهة . وعورض بأنه لو كان كذلك ماجاز الشراء بعشرة فيما إذا باعه بعشرين لأنه يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوباً وعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض . وأجيب بأن التأكيد له شبهة الإيجاب في حق العباد احترازاً عن الخيانة على ما ذكرنا لافي حق الشرع ، وشرعيته جواز المراجعة لمعنى راجع إلى العباد فيؤثر التأكيد في المراجعة . وأما جواز البيع وعدمه في شبهة الربا فحق الشرع فلا يكون للتأكيد فيه شبهة الإيجاب ، كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين ، بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكيد حصل بغيره ولم يستفد ربح الأول

(قوله شبهة حصول الربح الحاصل ، إلى قوله : بالعقد الثاني) أقول : قوله بالعقد الثاني متعلق بحصول (قوله لأنه كان على شرف السقوط) الخ (أقول : سيجيء نظيره في كتاب الإكراه .

بخلاف ما إذا تمخل ثالث لأن التأكيد حصل بغيره . قال (وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة على عشرة ، وكذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد) لأن في هذا العقد شبهة العدم يجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للأول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول ، وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول .

رضى المشتري به وقد علم يجوز ، ولو كان لحق الشرع لم يجز بتراضيهما كما في الربا لورضيا به . وأورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بعشرة . وأجيب بأنه ممنوع في رواية ، وبمقتدر التسليم فالبيع الثاني وإن كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ، ولا تثبت هذه الوكالة إلا في عقد يجري فيه الربا وأيضا ليس فيه معنى يزاد في الثمن ، بخلاف ما إذا باعه بثمن حال مرابحة بعد ما اشتراه بذلك الثمن مؤجلا لأنه معنى يزاد في الثمن ، وبخلاف ما إذا باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة على عشرة لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الأول ، ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ، ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة . ولذا قلنا لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها مرابحة على حصتها من الثمن ، لأن ذلك لا يكون إلا باعتبار القيمة وتعيينها لا يخلو عن شبهة الغلط خلافا للشافعي في ذلك (وبخلاف ما لو تمخلل ثالث) لتأكيد الربح بالبيع من الثالث ووقع الأمن من البطلان به فلم يستفد المشتري الأول بالشراء الثاني تأكيد الربح وهنا بخلافه (قوله وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه) أى المولى (يبيعه مرابحة على عشرة : وكذلك إذا كان المولى اشتراه بعشرة (فباعه من العبد) بخمسة عشر يجب أن يبيعه العبد مرابحة على عشرة (لأن في هذا العقد) أعنى الذى جرى بين العبد والمولى وإن كان صحيحا لإفادته ما لم يكن من كسب العبد في كسبه ويسلم للمولى من كسبه ما لم يكن سالما (فله شبهة العدم) لأن الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى ، ولهذا كان للمولى أن يستبقى ما في يده لنفسه ويقضى دينه من عنده ، وكذا في كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة إذا عجز فرد في الرق فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه أو اشترى ملك نفسه لنفسه ، ولكن للفائدة التي ذكرناها صححناه فظهر أنه جائز (مع المنافي) وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين (فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للعقد الأول) وهو الكائن بعشرة (فيصير كأن العبد اشتراه بعشرة لأجل المولى في الفصل الأول) وهو ما إذا اشتراه العبد وباعه من المولى (وكان يبيعه) أجل (المولى في الفصل الثاني) وهو ما إذا باعه المولى من عبده (فكان المعتبر الثمن الأول) وهذه المسئلة بالاتفاق ، وكذا الجواب إذا كان المأذون مكاتب السيد بالاتفاق . وقوله فاعتبر عدما في حكم المرابحة يفيد أنه إنما اعتبر عدما للمرابحة لا لكونه معلوما من وجه . وسببه أن المرابحة بيع أمانة تنفى عنه كل تهمة وخيانة . والمساحة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فيهم بأنه اشتراه منه بزيادة أو باعه منه كذلك ، ولهذا قال أبو حنيفة : اشترى شيئا من أبيه أو أمه أو ولده أو اشترى هو لأعمته لا يبيع واحد منهم مرابحة إلا على الثمن الذى قام على البائع ، إلا أنهما خالفا في هذه فقالا : يبيعه مرابحة على ما اشتراه من هؤلاء لتباين الأملاك والحقوق فكانا كالأخوين .

بالشراء الثاني فانتفتت شبهة . قال (وإذا اشترى العبد المأذون) وإذا اشترى العبد المأذون (له في التجارة ثوبا بعشرة) والحال أنه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإن المولى يبيعه مرابحة على عشرة (وكذا إن كان المولى اشتراه وباعه من العبد لأن في هذا العقد) أى بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي وهو تعلق حق المولى بمال العبد ، وقيل كون العبد ملكا للمولى ولهذا كان له أن يقضى الدين ويتفرد بكسب عبده فصار كالبائع من نفسه فاعتبر عدما في حكم المرابحة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة ، وإذا عدم

قال (وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مراجة باثني عشر ونصف) لأن هذا البيع وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لفر رحه الله مع أنه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو ممة ودوالا انعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم؛ ألا ترى أنه وكيل عنه في البيع الأول من وجه

وأبى حنيفة يقول: ما يحصل لكل من هؤلاء كأنه للآخر من وجه، ولهذا لا تقبل شهادة أحدهم للآخر وتجري المسامحة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا، ثم القيد المذكور وهو كونه مديوناً بما يحيط برقبته مصرح به في الجامع من رواية محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة، والمشايخ في تقرير هذه المسئلة منهم من ذكره كقاضيه خان، ومنهم من لم يقيد بالحيط كالصدر الشهيد فقال: عبد مأذون عليه دين يحيط برقبته أو غير محيط، ومنهم من لم يذكر الدين أصلاً كشمس الأئمة في المبسوط فقال: إذا اشترى من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبده، ولا شك أن ذكره وعلمه في الحكم المذكور سواء، بل إذا كان لا يربح إلا على الثمن الأول فيما إذا كان عليه دين محيط مع أنه أجنبي من كسبه فلأن لا يربح إلا عليه فيما إذا لم يكن عليه دين أولى لأنه حينئذ لا ينعقد العقد الثاني أصلاً إنما يبيع ماله من نفسه أو يشتريه، وإنما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه، والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف. ولو اشترى من شريكه سلعة، إن كانت ليست من شركتهما يربح على ما اشترى ولا يبين، وإن كانت من شركتهما فإنه يبيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانه في الشراء الأول نحو أن تكون السلعة اشترت بألف من شركتهما فاشتراها أحدهما من صاحبه بألف ومائتين فإنه يبيعه مراجة على ألف ومائة، لأن نصيب شريكه من الثمن سائة ونصيب نفسه من الثمن الأول خمسمائة فيبيعه على ذلك. ومنه مسئلة الكتاب التي ذكرها بقوله (وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مراجة باثني عشر ونصف)، لأن هذا البيع وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لفر رحه الله مع أنه اشترى ماله بماله وهو وجه المنع لفر لكتنا أجزأه (لما فيه من) فائدة (استفادة ولاية التصرف وهو المقصود) بعد ما كانت متفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم إلى المضارب (والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم؛ ألا ترى أنه) أي المضارب (وكيل عنه) أي عن رب المال (في البيع الأول من وجه) وذلك يمنع

البيع الثاني لا يبيعه مراجة على الثمن المذكور فيه وإنما يبيعه على الثمن المذكور في الأول، وإنما قيد بالدين المحيط برقبته، لأنه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاة شيئاً لم يصح لأنه لا يقيد للمولى شيئاً لم يكن له قبل البيع لملك الرقبة ولا ملك التصرف، هكذا قيد محمد رحمه الله في الأصل، وكذا فخر الإسلام والصدر الشهيد وقاضيه خان، ولم يقيد الطحاوي والعتاني، والحق قيه لما ذكرنا. قال (وإن كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف) إذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف (فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مراجة باثني عشر ونصف) لأن مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الحيانة وشبهها وفي يبيعه مراجة على خمسة عشر شبهة خيانة (لأن هذا البيع) أي بيع الثوب من رب المال وإن حكم بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لفر فيه شبهة العلم. وجه قول زفر إن البيع مبادلة المال بالمال، وهو إنما يتحقق بمال غيره لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجوداً

(قوله وإنما قيد بالدين المحيط برقبته، إل قوله: والحق قيه لما ذكرنا) أقول: وإنما لم يقيد إذ لا يدخل له في حكم المذكور وهو علم جواز يبيعه مراجة إلا على الثمن الأول، وإنما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعلمه تأمل، ثم في قوله والصدر الشهيد بحث، وإن شئت فقل بك مطالعة غاية البيان.

فاعتبر البيع الثاني علما في حق نصف الربح . قال (ومن اشترى جارية فاغورت أو وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين) لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن ، لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ، ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن ، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن ، والمسئلة فيما إذا لم ينقصها الوطء . وعن أبي يوسف رحمه الله في الفصل الأول

صحته يبيعه منه ، كما لا يصح بيع الوكيل من موكله ما وكله بشرائه لأنه ماله وتصرفه فيه جائز . ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى إذا اشترى لا يجوز حجب رب المال عليه في البيع . ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطئها وإن لم يكن في المال ربح (فاعتبر البيع الثاني علما في نصف الربح) الذي هو حصة رب المال بمثل ما ذكرنا في التي قبلها فيبيعه على أقل الثمن للاحتياط ، وعلى حصة المضارب من الربح لأن المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الأجنبي فلا ينهم فيه . ولو اشترى سلعة فاقنتها فأراد أحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على حصة من الثمن ، إن كانت القسمة استيفاء محضا كالكيلى والوزنى والعددى المتقارب جاز بيعه مرابحة ، وإن كانت مبادلة كالأشياء المتفاوتة لم يجز بيعه مرابحة لا بتناثه على التقويم وهو ممتنع في المرابحة كما ذكرنا (قوله ومن اشترى جارية فاعورت) أى من غير صنع أحد بل بآفة سماوية أو بصنعها بنفسها (يبيعها مرابحة ولا يبين) أنه اشتراها بذلك الثمن وليس بها هذا العور (و) كذا لو (وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء ، وهذا (لأن الأوصاف لا يقابلها) جزء من (الثمن) لأنها تابعة مالم تكن مقصودة بالإتلاف (ولهذا لو فاتت قبل التسليم) إلى المشتري بعد العقد (لا يسقط شيء من الثمن ، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن . وعن أبي يوسف في الفصل الأول) وهو ما إذا عورت الجارية

ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فإن فيه استفادة ولاية التصرف لأن بالتسليم إلى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه ، فبالشراء من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود ، وإذا كان مشتملا على الفائدة يتعقد لأن الانعقاد يتبع الفائدة ؛ ألا ترى أنه إذا جمع بين عبده وعبده غيره فاشترىها صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقده لفائدة انقسام الثمن ، وأما أن فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر ، وقد استوضحه المصنف بقوله : ألا ترى أنه يعنى المضارب وكيلى عن رب المال في البيع الأول من وجه ، وعلى هذا وجب أن لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما وكله فيه ، وإذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمدوم في حق نصف الربح لأن ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الحياة ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مرابحة على ذلك . قال (ومن اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري) بآفة سماوية أو بفعل الجارية نفسها (أو وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء (جاز له أن يبيع مرابحة ولا يجب عليه البيان) لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن (قوله ولهذا) توضيح لقوله لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن ، ولهذا لو فاتت العين قبل التسليم إلى المشتري لا يسقط شيء من الثمن ، وكذلك منافع البضع إذا لم ينقصها الوطء لا يقابلها شيء من الثمن . وعورض بأن منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل أن المشتري إذا وطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من الرد وإن كانت ثيبا ، وما ذلك إلا باعتبار أن المستوفى من الوطء بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري . وأجيب بأن عدم جواز الرد باعتبار أنه إن ردها ، فلما أن يرددها ، مع العقر أو بدونه ، لا سبيل إلى الأول لأن الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ، ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملك البائع ويسلم الوطء للمشتري مجانا والوطء يستلزم العقر عند سقوط العقر لا باعتبار احتباس جزء من المبيع (وعن أبي يوسف أنه لا يبيع في الفصل الأول)

أنه لا يبيع من غير بيان ، كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله (فأمّا إذا فقأ عينها بنفسه أو فقأها أجنبيّ فأخذ أرشها لم يبيعها مرايحة حتى يبين) لأنه صار مقصودا بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن ، وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها (ولو اشترى ثوبا فأصابه قرص فأر أو حرق نار يبيعه مرايحة من غير بيان ، ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرايحة حتى يبين) والمعنى ما بيناه .

(أنه لا يبيع) مرايحة (من غير بيان ، كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي) وزفر . والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله (وأما إذا فقأ عينها بنفسه أو فقأها أجنبيّ) بأمر المشتري أو بغير أمره (فأخذ أرشها لم يبيعها مرايحة حتى يبين) والتقييد بقاء المشتري والأجنبي احتراز عما لو فقأت عينها بنفسها فإنه كما بالآفة السبابة لأنه هدر فلا يكون المشتري حابسا شيئا ، وأخذ الأرض ليس بقيد بل إذا أعورها الأجنبي لا يربح إلا ببيان لتحقيق وجوب الضمان . والفرق لنا (أنه صار مقصودا بالإتلاف) فخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره (فيقابل ببعض الثمن ، وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها) (و) من هذا (لو اشترى ثوبا فأصابه قرص فأر أو حرق نار) أو طعاما فتغير (يبيعه مرايحة من غير بيان) وقرض بالقاف وذكر أبو اليسر بالفاء (ولو تكسر) الثوب (بطيه ونشره) لزمه البيان لأنه بفعله قال الفقيه أبو الليث . وقول زفر أجود وبه تأخذ واختياره هذا حسن لأن مبنى المراجعة على عدم الخيانة وعدم ذكره أنها انتقصت إيهام للمشتري أن الثمن المذكور كان لها ناقصة . والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة إلا بحطية ، وقد ذكر أول الباب أن سبب شرعية المراجعة اعتماد الغبي أن الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها به مع زيادة ربح لفظه أنه قيمتها . وهذا يبين أنه لا يروم شراءها إلا بقيمتها كي لا يغبن ، وأنه لو علمه لم يرض فكان سنكوته تقريرا له . وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد أن ذلك إذا نقصه العيب شيئا يسيرا ، فإن نقصه قدرا لا يتغابن فيه لا يبيعه مرايحة ، يعني بلا بيان ، لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بأمر الله تعالى فإنه لا يجب عليه أن يبين أنه اشتراه

أى في صورة الاعورار (من غير بيان) كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه أن للأوصاف حصّة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بآفة سبابة أو بصنع العباد (وأما إذا فقأ عينها) راجع إلى أول المسئلة . وفي بعض النسخ قلنا : فيكون جوابا لقول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله : يعني إذا فقأ المشتري عينها (بنفسه أو فقأها أجنبيّ) سواء كان بأمر المشتري أو بغيره وجب البيان عند البيع مرايحة لأنه صار مقصودا بالإتلاف ، أما إذا كان بأمر المشتري فلا لأنه كفعل المشتري بنفسه ، وأما إذا كان بغير أمره فلا لأنه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابسا بدل جزء من المعقود عليه فيمنع المراجعة بدون البيان ، وعبارة المصنف تدل بالتنصيص على أخذ أرشها وهو المذكور في لفظ محمد في أصل الجامع الصغير . وقال في النهاية : كأن ذكر الأرض وقع اتفاقا . لأنه لما فقأ الأجنبي وجب عليه ضمان الأرض ووجوب ضمان الأرض سبب لأخذ الأرض فأخذ حكمه ، ثم قال : والدليل على هذا إطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لأخذ الأرض ، وذكر نقل المبسوط كذلك (وكذا إن وطئها وهي بكر) لا يبيعهها مرايحة إلا بالبيان (لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها) فلا بد من البيان (ولو اشترى ثوبا فأصابه قرص فأر) بالقاف من قرض الثوب بالمقراض : إذا قطعه ، ونص أبو اليسر على أنه بالفاء (أو حرق نار) جاز أن (يبيعه مرايحة من غير بيان) لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن (ولو تكسر) الثوب (بنشره وطيه لا يبيعه مرايحة) بلا بيان لأنه صار مقصودا بالإتلاف . وقوله (والمعنى ما بيناه) إشارة إلى

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري، فإن شاء رده، وإن شاء قبل) لأن للأجل شبهة بالمبيع، ألا يرى أنه يزداد في الثمن لأجل الأجل، والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمانهما، والإقدام على المراجعة يوجب السلامة عن مثل هذه الحياينة،

في حال غلاته، وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه أو توسخ إلزام قوى. واستشكل على قوله الفاتح وصف لا يقابله شيء من الثمن المشتري بأجل فإن الأجل وصف، ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان. أجيب بأن الأجل يعطى لأجله جزء من الثمن عادة فيكون كالجاء فيلزمه البيان. وعلى قوله منافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن ما إذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من ردها، وإن كانت ثيبا وقت الشراء وذلك لاعتبار المشتري بالوطء حابسا جزءا من المبيع عنده. وأجيب بأن عدم الرد في هذا ليس لما ذكرت بل لأنه لو ردها فلما مع العقر احتراز عن الوطء مجانا أو من غير عقر، لا وجه إلى الأول لعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لأنه لا يرد على الزيادة، ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملكه، ويسلم المشتري الوطء بلا عوض باعتباره البيع، وذلك لا يجوز بخلاف الواهب إذا رجع بعد وطء الموهوب له حيث يصح ولا يازم الموهوب له شيء لأنها تسلم كلها للموهوب له بلا عوض فيجوز أن يسلم له الوطء بلا عوض، ولا يجوز في صورة البيع أن يفسخ البيع ويسلم للمشتري أو للبائع زيادة متولدة من العين أو شيء وجب بإتلاف العين كالولد والأرض والعقر فكذا الوطء.

[مروع] لو أصاب من غلة الدار أو الدابة شيئا رابح بلا بيان لأن الغلة ليست متولدة من العين إنما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المراجعة، بخلاف ما لو أصاب من لبن الغنم وصوفها، فإنه إذا ربح يسقط من رأس المال قدر ما أصاب من ذلك ويقول قام على بكذا، وتقدم أنه إذا أُنق في طعام الرقيق والدواب أنه يضمه في غير السرف، ولو ولدت الجارية أو الغنم أو أثمر النخيل يبيع الأصل مع الزيادة مرابحة لأنه لم يحبس شيئا من المعقود عليه، ولأن نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة تجبره. ولو استهلك المشتري الزيادة لم يبيع الأصل مرابحة حتى يبين ما أصاب منها لأنها متولدة من العين والمتولد كجزء المبيع، وكذا إذا استهلك الألبان والسمن فإنه لا يربح إلا ببيان. وفي المبسوط: اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعه مرابحة أو تولية أو وضعية فالثمن بينهما ثلاثا؛ ولو باعه مساومة يكون بينهما نصفين لأن المسمى فيه بمقابلة الملك، ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب ويبيعهما في العبد سواء، بخلاف تلك العقود فإن الثمن فيها مبني على الأول، ولو حط البائع الأول من الثمن بعد ما باعه المشتري مرابحة فإنه يحط بذلك من المشتري الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولاء حط ذلك عندنا. وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء، وأصله أن الحط يلحق بأصل العقد عندنا وعنده لا، بل هو هبة مبتدأة لا تتم إلا بالتسليم، وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كأن العقد عقد بما بقي فيثبت ذلك في حق الشفيع والموكل، وهذا بخلاف ما لو حط الكل في المراجعة والتولية فإن له أن يربح على كل الثمن ويؤليه (قوله ومن اشترى غلاما) أو غيره (بألف نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين أنه اشتراه نسيئة بالألف) فعلم المشتري بذلك (فله الخيار) (إن شاء رده وإن شاء قبل) بالألف والمائة حالة، وإنما يثبت له الخيار (لأن للأجل شبهة بالمبيع) ألا يرى أنه يزداد في الثمن لأجله، والشبهة ملحقة بالحقيقة فكان كأنه اشترى شيئين (بألف) (وباع أحدهما) بها على وجه المراجعة، وهذا خيانة فيما إذا كان مبيعا حقيقة، فإذا كان أحد الشئين يشبه المبيع يكون

هذين الدليلين: قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين) ذلك للمشتري (فعلم المشتري، فإن شاء رده، وإن شاء قبل لأن للأجل شبهة بالمبيع) فإنه يزداد في الثمن لأجل الأجل، والشبهة في هذا الباب

فإذا ظهرت بخير كما في العيب (وإن استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة) لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن . قال (فإن كان ولاه إياه ولم يبين رده إن شاء لأن الحيانة في التولية مثلها في المراجعة لأنه بناء على الثمن الأول (وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرناه . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن ، وهو نظير ما إذا استوفى الزیوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق ، وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى . وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل

هذا شبهة الحيانة وشبهة الحيانة ملحقة بالحقيقة في المراجعة (فإذا ظهرت بخير) على ما عرف من مذهب أبي حنيفة ومحمد . واو فرغ على قول أبي يوسف ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا يزداد لأجل الأجل ، هذا إذا علم الحيانة قبل هلاك المبيع (فلو علم) بعد ما هلك أو استهلكه (لزمه بألف ومائة حالة لأن الأجل لا يقابله شيء) حقيقة والذي كان ثابتاً له مجرد رأى وقد تعذر بعد هلاكه وهكذا (لو كان ولاه إياه ولم يبين) أنه اشتراه إلى أجل فعلم المشتري قبل الهلاك : يعني ثبت له خيار الرد وقبوله بالألف الحالة . ولو فرغ على قول أبي يوسف ينبغي أن يفعل ما ذكرنا (وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرنا) من أن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف أنه) بعد الهلاك (يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير) قوله فيه (ما إذا استوفى) صاحب الدين من دائنه (مكان) الدين (الجياد زيوف) وهو لا يعلم بزيافتها حتى أنفقها فإنه عند أبي يوسف يرد مثلها من الزیوف ويسترد الجياد (وسيأتيك) إن شاء الله تعالى في مسائل منثورة (وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل

ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مراجعة بثمنهما ، والمراجعة توجب الاحتراز عن مثل هذه الحيانة . ونوقض بأن الغلام السليم الأعضاء يزداد في ثمنه لأجل سلامة الأعضاء بالنسبة إلى غير السليم ، وإذا فاتت سلامة الأعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مسئلة اعورار العين . وأجيب بأن الزيادة هناك ليست منصوفاً عليها لأنها في مقابلة السلامة ، وما نحن فيه هو أن يقول إن أجلتني مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدار فثبتت زيادة الثمن في الأجل بالشرط ، ولا يثبت ذلك في سلامة الأعضاء ، وسيشير المصنف إلى هذا بقوله واو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد ، وإن هلك المبيع أو استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة ، لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن : يعني في الحقيقة ، ولكن فيه شبهة المقابلة ، فباعتبار شبهة الحيانة كان له الفسخ إن كان المبيع قائماً ، فأما أن يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا ، وإلا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل . قال (وإن كان ولاه إياه) يعني أن التولية كالمراجعة فيما إذا علم المشتري أنه كان اشتراه بأجل وباعه إياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار ، لأن التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الحيانة كالمراجعة لكونه بناء على الثمن الأول بلا زيادة ولا نقصان (وإن) كان (استهلكه ثم علم) بالحيانة (لزمه بألف حالة لما ذكرنا) أن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن ، وهو نظير ما إذا استوفى الزیوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسيأتيك من بعد في مسائل) منثورة قبيل كتاب الصرف . وقال الفقيه أبو الليث : روى عن محمد أنه قال : للمشتري أن يرد قيمته ويسترد الثمن لأن القيمة قامت مقامه ، وهذا على أصله في التحالف مستقيم ، فإنه أقام القيمة مقامه ، وقيل هو قول أبي جعفر الهلخي (يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل ،

(قوله وسيشير المصنف إلى هذا بقوله ولو لم يكن الأجل الخ) أقول : في الإشارة خفاء .

فيرجع بفضل ما بينهما ، ولو لم يكن الأجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لابد من بيانه ، لأن المعروف كالمشروط ، وقيل يبيعه ولا يبينه لأن الثمن حال . قال (ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد) لجهالة الثمن (فإن أعلمه البائع ، يعني في المجلس فهو بالخيار ، إن شاء أخذه وإن شاء تركه) لأن الفساد لم يتقرر ، فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الإصلاح ، ونظيره بيع الشيء برقمه إذا علم في المجلس ، وإنما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية .

فيرجع بفضل ما بينهما) على البائع ، قاله الفقيه أبو جعفر الهندواني (ولو لم يكن الأجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد التنجيم قيل لابد من بيانه لأن المعروف كالمشروط ، وقيل يبيعه ولا يبينه لأن الثمن) ما كان إلا (حالا) في العقد ، أما لو فرضنا أنه باعه بلا شرط أجل فلم يتقدمه إلى شهر مطلقا فلا شك أنه يبيعه مباحة بالآلف (قوله ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن ، فإن أعلمه البائع : يعني في المجلس) ما قام به عليه (فهو بالخيار ، إن شاء رد البيع ، وإن شاء قبل لأن الفساد) وإن كان في صلب العقد ولكنه (لم يتقرر) وإنما يتقرر بمضى المجلس ، وهذا يبين أن هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم يتعقد فاسدا له عرضية الصحة ، وهو الصحيح خلافا لما روى عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد . ولما كان المجلس جافعا للمتفرقات يعتبر الواقع في أطرافه كالواقع معا كان تأخير البيان : أى بيان قدر الثمن (كتأخير القبول إلى آخر المجلس) فإنه يجوز ويتصل بالإيجاب السابق أول المجلس ، كذا هذا يكون سكوته عن تعيين الثمن في تحقق الفساد موقوفا إلى آخره ، فإن تبين فيه اتصال بالإيجاب الذى سكت فيه عنه ، وإن انقضى قبله تقرر الفساد فلا ينقلب بعده صحيحا (وإنما يتخير) بعد العلم في المجلس (لأن الرضا لم يتم قبله) فلم يتم البيع (كما في خيار الرؤية) لم يتم الرضا قبل الرؤية فعند وجودها يتخير .

[فروع] اشترى ثوبا ليس له أن يربح على ذراع منه لأن الثمن لا ينقسم على ذراعانه . ولو رابح على ماله نسبة معلومة منه كنصفه ثلثه ثمنه جاز . ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى النصف الآخر بمائتين فله أن يبيع أى النصفين شاء مباحة على ما اشتراه به ، وإن شاء باع كله مباحة على ثلاثمائة ، ويقول قام على بكذا . ولو وهب له البائع الثمن كله فله أن يربح على الثمن كله . ولو وهب له أو حط عنه بعضه ليس له أن يربح إلا على ما بقى ،

فيرجع بفضل ما بينهما ، ولو لم يكن الأجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد كعادة بعض البلاد يشترى بفتح ويسلمون الثمن بعد شهر إما جملة أو منجما ، قيل لابد من بيانه لأن المعروف كالمشروط ، وقيل لا يجب بيانه لأن الثمن حال . قال (ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه الخ) إذا قال وليت لك هذا بما قام على يريد به ما اشتراه به مع مالحقه من المؤن كالصبغ والقتل وغير ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه (فالبيع فاسد لجهالة الثمن ، فإن أعلمه البائع في المجلس) صح البيع ويتخير المشتري (إن شاء أخذه وإن شاء تركه) أما الصحة فلأن الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا محتملا للصحة ، فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لأن ساعات المجلس كساعة واحدة ، وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر ، والفساد المتقرر لا يقبل الإصلاح ، ونظيره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فساده بعلمه فيه . وأما خيار المشتري فله لأن الرضا لأنه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات فكان في معنى خيار الرؤية فألحق به .

(فصل)

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له يبيعه حتى يقبضه ،

ولو باعه الثمن عرضا أو أعطى به رهنا فهلك كان له أن يراجع على الثمن لأنه صار قابضاً به هذا الطريق . ولو اشترى بعشرة جياذ ونقده زيوفاً فتجاوز بها البائع فله أن يراجع على عشرة جياذ ، ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم رجع فيه له أن يبيعه مراجعة على العشرة ، وكذا إن باعه ثم رد عليه بعيب أو فساد يبيع أو خيار أو إقالة له أن يراجع على الثمن الذي كان اشترى به . ولو اشترى ثوبا فباعه ثم رجع إليه بميراث أو هبة لم يكن له أن يبيعه مراجعة لأنه ما عاد إلى الملك المستفاد بالشراء الأول . ولو وجد بالمبيع عيباً فرضى به له أن يبيعه مراجعة على الثمن الذي اشتراه به لأن الثابت له خيار فإسقاطه لا يمنع من البيع مراجعة كما لو كان فيه خيار شرط أو رؤية ، وكذا لو اشترى مراجعة فاطلع على خيانة فرضى به كان له أن يبيعه مراجعة على ما أخذه به لما ذكرنا أن الثابت له بخرد خيار . ولو اشترى شيئا بغبن فاحش أو بدين له على إنسان وهو لا يشترى بذلك القدر بالغبن فليس له أن يبيعه مراجعة من غير بيان . ولو اشترى بالدين ما يباع بمثله جاز أن يراجع عليه سواء أخذه بلفظ الشراء أو بلفظ الصلح في رواية . وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء لما تقدم ، لكن الوجه أنه إذا علم أنه ثمنه وجب أن يراجع عليه لأن منع المراجعة ما كان إلا لثمة الخطيئة ، فإذا تيقن انتفاءها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى . ولو اشترى رزمة ثياب فاقسمها ليس لأحدهما أن يبيع ما خصه مراجعة ، بخلاف ما لو اشترى منكياً جنساً واحداً فاقسمها حيث يجوز ذلك ، ولو اشترى الرزمة واحداً فقومها ثوبا ثوبا ليس له أن يبيع ثوبا منها مراجعة على ما قوم إلا ما قدمنا من أنه يقول قيمة هذا ألف أو قوم هذا بكذا أو أنا أبيعك مراجعة على هذه القيمة كما مر في الرقم بأزيد من ثمنه . أما لو أسلم في ثوبين ووصفهما بصفة واحدة ليس له أن يبيع أحدهما مراجعة على نصف رأس مال السلم عند أبي حنيفة ، وعندهما يجوز . ولو باعه نصف ما اشتراه مراجعة على نصف ثمنه إن كان ثوبا واحداً ليس له ذلك ، وإن كان مثلياً وهو جنس واحد كطعام أكل نصفه كان له ذلك لانقسام الثمن عليه بالإجزاء ، بخلاف الأول لأن انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الأوصاف : أعنى الذرعان ، ولا ينقسم الثمن باعتبارها ، وعلى هذا ينبغي أن لا يراجع في نصف العبد على نصف الثمن . ولو اشترى ثياباً بصفة واحدة كل ثوب بكذا فله أن يبيع كل واحد مراجعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا يراجع حتى يبين أنه اشتراه مع غيره . ولو باعه بوضعية ده يازده فطريقه أن يجعل كل درهم من رأس المال أحد عشر جزءاً ، فإذا كان الثمن عشرة فتكون الجملة مائة وعشرة فتسقط عشرة فيصير جملة الثمن تسعة وجزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم .

(فصل)

(قوله ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له يبيعه حتى يقبضه) إنما اقتصر على البيع ولم يقل إنه يتصرف

(فصل)

وجه إيراد الفصل ظاهر لأن المسائل المذكورة فيه ليست من باب المراجعة. ووجه ذكرها في باب المراجعة الاستطراد باعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الأوصاف كالمراجعة والتولية . قال (ومن اشترى شيئا مما ينقل) نقلاً حسياً (و) هو المراد بقوله (يحول) فسر بذلك لئلا يتوهم أنه احتراز عن المدبر (لم يجز له أن يبيعه حتى يقبضه

(فصل ومن اشترى مما ينقل)

(قوله احتراز عن المدبر) أقول : فإنه لا ينقل نقلاً شرعياً .

«لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض»

فيه لتكون اتفاقية ، فإن محمدا يجيز الهبة والصدقة به قبل القبض . وقال مالك : يجوز جميع التصرفات من بيع وغيره قبل القبض إلا في الطعام ، لأنه صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالنهي في حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه » أخرجه الشيخان ، وفي لفظ « حتى يقبضه » قلنا : قد رواه ابن عباس أيضا قال : وأحسب كل شيء مثل الطعام أخرجه عنه أئمة الكتب الستة وعصم قوله ماروى أبو داود عن ابن إسحاق إلى ابن عمر قال : ابتعت زيتا في السوق ، فلما استوجبت لقيني رجل فأعطاني فيه ربما حسنا فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلقي بذراعي ، فالتفت فإذا زيد بن ثابت رضى الله عنه فقال : لاتبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك ، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى أن يتباع السلع حيث يتباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم » . ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرک وصححه . وقال في التنقيح : سنده جيد . وقال ابن إسحاق : صرح فيه بالتحديث : وأخرج النسائي أيضا في سننه الكبرى عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهر عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام قال « قلت يا رسول الله إنى رجل أبتاع هذه البيوع وأبيعها فما يحل لى منها وما يحرم ؟ قال : لا تبين شيئا حتى تقبضه » ورواه أحمد في مسنده وابن حبان وقال : هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهر عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام ليس بينهما ابن عصمة . والحاصل أن المخرجين منهم من يدخل ابن عصمة بين ابن ماهر وحكيم ، ومنهم من لا ، وابن عصمة ضعيف جدا في قول بعضهم . قال صاحب التنقيح : قال ابن حزم : عبد الله بن عصمة مجهول ، وصحح الحديث من رواية يوسف ابن ماهر نفسه عن حكيم لأنه صرح في رواية قاسم بن أصبغ بسماحه منه . والصحيح أن بينهما عبد الله بن عصمة الجشمي حجازى ذكره ابن حبان في الثقات . وقال عبد الحق : إنه ضعيف ، وتبعه ابن القطان وكلاهما مخطئ ، وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عصمة هذا بالنصيبى أو غيره ممن يسمى عبد الله بن عصمة انتهى كلامه . فالحق أن الحديث حجة والذى قبله كذلك ، والحاجة بعد ذلك إلى دليل التخصيص بغير العقار لأبي حنيفة يذكر هناك

«لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يقبض» (وهو بإطلاقه حجة على مالك رحمه الله في تخصيص ذلك بالطعام ولا تملك له بما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال « إن اشترى أحدكم طعاما فلا يبعه حتى يقبضه » وفي رواية « حتى يستوفيه » فإن تخصيص الطعام يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه ، لأن ابن عباس قال : وأحسب كل شيء مثل الطعام . وذلك دليل على أن التخصيص لم يكن مرادا وكان ذلك معروفا بين الصحابة . حدث الطحاوى في شرح الآثار مسندا إلى ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال : « ابتعت زيتا في السوق ، فلما استوفيته لقيني رجل فأعطاني به ربما حسنا ، فأردت أن أضرب على يده ، فأخذ رجل من خلقي بذراعى ، فالتفت فإذا زيد بن ثابت رضى الله عنه فقال : لاتبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك ، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ابتياع السلع حيث يتباع حتى تحوزها التجار إلى رحالهم » وإنما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليقع على الاتفاق ، فإن الهبة والصدقة جائزة عند محمد ، وإن كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم إلا بالقبض فإنه جائز في المبيع قبل القبض إذا سلطه على قبضه فقبضه ، لأن تمام هذا العقد لا يكون إلا بالقبض والمانع زائل عند ذلك ، بخلاف البيع والإجارة فإنه يلزم بنفسه . والجواب أن البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوع

(قوله فإن تخصيص الطعام يدل على أن الحكم بالخ) أقول : فيه أن الخصم ينازع في كون المفهوم حجة ، ولو سلم فلا يمارض المنطوق

(قوله معروفا بين الصحابة) أقول . فيه تأمل .

ولأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك .

والأحاديث كثيرة في هذا المعنى ؛ ثم علل الحديث (لأن فيه غرر انفساخ العقد) الأول (على اعتبار هلاك المبيع) قبل القبض فيتين حينئذ أنه باع ملك الغير بغير إذنه وذلك مفسد للعقد . وفي الصحاح «أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر» والغرر : ما طوى عنك علمه . والدليل على اعتبار هذا المعنى أنا رأينا التصرف في إبدال العقود التي لا تنفسخ بالهلاك جائزا فلا يضرها غرر الانفساخ كالتصرف في المهر لها ، وبذل الخلع للزوج والعق على مال ، وبذل الصلح عن دم العمد قبل القبض جائزا إذ كانت لا تنفسخ بالهلاك فظهر أن السبب ما قلنا . هذا وقد ألحقوا بالبيع غيره فلا تجوز إجارته ولا هبته ولا التصديق به ، خلافا لمحمد في الهبة والصدقة ، وكذا إقراضه ورهنه من غير بائنه فلا يجوز شيء من ذلك . وإذا أجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض في الأجرة قبل قبضها إذا كانت عينا أولى ، فصار الأصل أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والأجرة إذا كانت عينا في الإجارة ، وبذل الصلح عن الدين إذا كان عينا لا يجوز بيع شيء من ذلك ولأن يشرك فيه غيره إلى آخر ما ذكرنا ، وما لا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز ، كالمهر إذا كان عينا وبذل الخلع والعق على مال وبذل الصلح عن دم العمد كل ذلك إذا كان عينا يجوز بيعه وهبته وإجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول أبي يوسف : ولو أوصى به قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالإجماع ، لأن الوصية أخت الميراث ، ولو مات قبل القبض ورث عنه ، فكذا إذا أوصى به . ثم قال محمد كل تصرف لا يتم إلا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض فهو جائز في المبيع قبل القبض إذا سلطه على قبضه فقبضه . ووجهه أن تمام هذا العقد لا يكون إلا بالقبض والمانع زائل عند ذلك ، بخلاف البيع والإجارة فإنه يلزم بنفسه وقاسه بهبة الدين لغير من عليه الدين فإنها تجوز إذا سلطه على قبضه إذ لا مانع فإنه يكون نائبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال أطمع عن كفارتي جاز ، ويكون الفقير نائبا عنه في القبض ثم قابضا لنفسه ،

فما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ، ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لأنه تملك العين مملوكة في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى (قوله ولأن فيه غرر انفساخ العقد) استدلال بالمعقول ، وتقريره في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الأول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع ، والغرر غير جائز «لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر» . والغرر : ما طوى عنك علمه وقد تقدم . واعتراض بأن غرر الانفساخ بعد القبض أيضا مبنيهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع . ولا يدفع بأن عدم ظهور الاستحقاق أصل لأن عدم الهلاك كذلك فاستويا . وأجيب بأن عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى - وأحل الله البيع - وليس ما بعد القبض في معناه لأن فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق ، وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به . ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا يجوز رجوعا إلى إطلاق الحديث واعتبارا بالمعقول يجامع عدم القبض فيهما وصار كالإجارة فإنها في العقار لا تجوز قبل القبض والجامع اشتياهما على ربح مالم يضمن ، فإن المقصود من البيع الربح وربح مالم يضمن منهى عنه شرعا ، والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لأنه لم يدخل في ضمانه كما في الإجارة

(قوله وأجيب بأن عدم جواز الخ) أقول : الاعتراض كان متوجها على الدليل المعقول لاهل الاستدلال بالحديث ، فلا يستقيم هذا الجواب (قوله فلم يلحق به) أقول : أي بطريق الدلالة (قوله رجوعا إلى إطلاق الحديث) أقول : أي عمومه .

(ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله . وقال محمد رحمه الله : لا يجوز) رجوعا إلى إطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالإجارة . ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله ، ولا غرر فيه لأن الهلاك في العقار نادر ، بخلاف المنقول ، والغرر المنهى عنه غرر انفساخ العقد ، والحديث

بخلاف البيع . وأبو يوسف يقول : البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع . وأيضا هذه التصرفات تنبئ على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه فكان قاصرا في حق إطلاق التصرف ، وأما أعتق عن كفارتى فإنه طلب التملك لا تصرف مبنى على الملك القائم . فإن قيل : لو اعتبر الغرر امتنع بعد القبض أيضا لاحتمال ظهور الاستحقاق : فالجواب أنه أضعف لأن ما يتحقق به بعد القبض يتحقق به قبله ، ويزيد باعتبار الهلاك أيضا فكان أكثر مظانا قبل القبض ، ولأن اعتباره بعده يسد باب البيع . ولو باعه المشتري من بائه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتباره مجازا عن الإقالة . فإن قيل : هذا النهى باعتبار أمر مجاور فينبغي أن لا يوجب الفساد كالبيع وقت النداء . أجب بأن الغرر في المبيع لا مجاور له ، فإنه باعتبار أنه مملوك أو غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك . وأورد على التأثير أن بعد تسليم أن البيع ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض : أى امتناع فيه فليكن كذلك ، وغاية الأمر أنه ظهر أن البيع الثانى لم يصح فيتراد أن ، ومثله واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق . قوله ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف (وهو قوله الآخر) وقال محمد : لا يجوز (وهو قول أبي يوسف الأول ، وقول الشافعى) رجوعا إلى إطلاق الحديث (يعنى عمومه ، وهو ما في حديث حكيم من قوله صلى الله عليه وسلم « لا تبيعن شيئا حتى تقبضه » بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فإنه خاص بالمنقول : أعنى قوله نهى عن بيع السلع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم » ولانهى عن ربح مالم يضمن . ولو باع العقار بربح يلزم ربح مالم يضمن وصار بيع العقار كالإجارة وإجارته قبل قبضه لا تجوز فكذا بيعه ، ولأن السبب هو البيع إنما يتم بالقبض ، ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد ، والمالك إنما يتأكد بتأكد السبب ، وفي هذا العقار والمنقول سواء (ولهما) أى لأبي حنيفة وأبي يوسف (أن ركن البيع صدر من أهله في محله) والمانع المثير للنهى وهو غرر الانفساخ بالهلاك متنفذ (فإن هلاك العقار نادر) والنادر لا عبرة به ، ولا يبنى الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز ، وهذا لأنه لا يتصور هلاكه إلا إذا صار بحرا ونحوه ، حتى قال بعض المشايخ : إن جواب أبي حنيفة في موضع لا ينحسب عليه أن يصير بحرا أو يغلب عليه الرمال ، فأما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول ذكره المحبوبي ، وفي الاختيار : حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض ،

(ولهما أن ركن البيع صدر من أهله) لكونه بالغا عاقلا غير محجور عليه (في محله) لأنه محل مملوك له ، وذلك يقتضى الجواز ، والمانع وهو الغرر معدوم فيه لأنه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فيه فصح العقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع ، بخلاف المنقول فإن المانع فيه موجود ، ومنع انتفاء المانع في العقار فإنه غرر الانفساخ ، وقد يوجد بالرد بالعيب . وأجب بأنه لا يصح لأنه إذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري ، وحينئذ لا يملك المشتري الأول الرد ، وفيه نظر لأنه إن رد عليه بقضاء القاضى عاد له الرد . والأولى أن يقال : كلامنا

(قال المصنف : ولهما أن ركن البيع الخ) أقول : إذا استدلل محمد بأنه إذا باع العقار الغير المقبوض بربح يلزم ربح مالم يضمن وهو منهى فاجوابهما عنه (قوله ومنع انتفاء المانع في العقار فإنه إلى قوله : وأجب بأنه) أقول : المحجب هو الإقتناع ، وضمير فإنه راجع إلى المانع ، وضمير بأنه في قوله وأجب بأنه راجع إلى الرد .

معلول به عملاً بدلاً لقل الجواز والإجارة، قيل على هذا الخلاف؛ ولو سلم فالمعقود عليه في الإجارة المنافع وهلاكها غير نادر.

والحديث الذي استدلل به (معلول به) أى بغرر الانفساخ، والدليل عليه أن التصرف الذى لا يمتنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه، وبه ظهر فساد قولهم إن تأكد الملك بتأكد السبب، وذلك بالقبض لأن العتق في استدعاء ملك تام فوق البيع، ويجوز في المبيع قبل القبض العتق. وإنا قلنا: التزوج لا يبطل بالغرر لأنه لو هلك المهر المعين لزم الزوج قيمته ولم يفسخ النكاح. وأورد أنه تعليل في مقابلة النص فإنه تخصيص عمومته فيؤدى إلى تقديم القياس، والمعنى على النص وهو ممنوع. الجواب أنه خص منه أشياء: منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه، وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته، وكذا الزوج في بدل الخلع، وكذا رب الدين في الدين إذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز، وكذا أخذ الشفيع قبل قبض المشتري، ولا شك أن تملكه حينئذ شراء قبل القبض،

في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ، وإذا كان الهلاك في العقار نادراً كان غرر انفساخ العقد المنهى عنه منتفياً. والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملاً بدليل الجواز من الكتاب والسنة والإجماع. واعترض بأنه تعليل في موضع النص وهو ما روى «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض» وهو عام. والتعليل في موضع النص غير مقبول. وأجيب بأنه عام دخله الخصوص لإجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصدقات قبل القبض، ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فتحمله على المنقول: كذا في المبسوط، وفيه بحث لأن المراد بالحديث النهى عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام «إذا ابتعت شيئاً فلا تبعه حتى يقبض» سلمنا أنه نهى عن بيع مالم يقبض من ملكه الذى ثبت بسبب من الأسباب، لكن الإجماع لا يصلح تخصيصاً، سلمنا صلاحيته لذلك. لكن التخصيص لبيان أنه لم يدخل في العام بعد احتياله تناوله، وإذا كان الحديث معلولاً بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك، إذ الشئ لا يحتمل تناول ما يتنافى تناوياً فردياً واعلم أنى أذكر لك ما سنح لى في هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع به جميع ذلك وهو أن يقال: الأصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزاً لعموم قوله تعالى - وأحل الله البيع - لكنه خص منه الربا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى - وحرّم الربا - والعام الخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد، وهو ما روى «أنه نهى عن بيع مالم يقبض»، ثم لا يخلو إما أن يكون معلولاً بغرر الانفساخ أولاً، فإن كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار. وإن لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روى في السنن مستنداً إلى الأعرج عن أبي هريرة «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر» وبينه وبين أدلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولاً بذلك «إعمال لثبوت التوفيق حينئذ، والإعمال متعين لاحتمال، وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق، وبدل الخلع ويكون مختصاً بعقد يفسخ بهلاك المعوض قبل القبض، هذا والله أعلم بالصواب (قوله والإجارة) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الإجارة وتقريره أنها لا تصلح مقيساً عليها لأنها على الاختلاف: قال في الإيضاح:

(قوله لكن التخصيص لبيان أنه لم يدخل في العام الخ) أقول: فيه بحث، فإن لفظة ما لم يقبض يتناول العقار أيضاً، والقياس تخصيصه بالمنقول (قوله وإن لم يكن وقع التعارض) أقول: فيه تأمل، إذ لا يظهر التعارض بينه وبين ما روى مستنداً إلى الأعرج (قوله وبين أدلة الجواز) أقول: إذا كان مختصاً لأدلة الجواز فكيف يوجد التعارض (قال المصنف: والإجارة قيل على هذا الاختلاف) أقول: قال العلامة الكاظمي: وفي الإيضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز إجارته، لأن صحة الإجارة بملك الرقبة، فإذا ملك التصرف في الرقبة ملك التصرف في التابع وما لا فلا. وفي الفوائد الظهيرية: وقيل الإجارة لا تجوز بلا خلاف وهو الصحيح، لأن المنافع بمنزلة المنقول، والإجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها لذلك، وفي الكافي وعليه الفتوى انتهى.

قال (ومن اشترى مكبلا مكايلا أو موزونا موازنة فاكتاله أو اتزنه ثم باعه مكايلا أو موازنة لم يجوز للمشتري منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن) «لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان : صاع البائع ، وصاع المشتري» ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف

فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التملك ببطل لم يثبت للشفيع حق الأخذ قبل القبض : وهذا يخرج إلى الاستدلال بدلالة الإجماع على جواز بيع العقار قبل القبض . وأما الإلحاق بالإجارة ففي منع الإجارة قبل القبض منع فإنه قيل إنه على هذا الخلاف ، والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية : إن الإجارة قبل القبض لا تجوز بلا خلاف إلا أن المنافع بمنزلة المنقول والإجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض . وفي الكافي وعياه الفتوى : وإذا عرف من الجواب أن التصرف في الثمن قبل القبض يجوز وفي المبيع لا يجوز كان تتميمه بأن يذكر هنا ما يميز المبيع عن الثمن وإن كان قد سلف فالدرهم والدنانير أثمان أبدا وذوات القيم مبيعة أبدا والمثلثات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة إذا قبلت بالنقد مبيعة أو بالأعيان وهي معينة ثمن أو غير معينة فبيعة ، كمن قال اشترت كرا من الحنطة بهذا العبد فلا يصح إلا بشرائط السلم . وقيل المثلثات إذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقا ، ولو دخل عليها الباء ، إذا عرف هذا فالأثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا في غير الصرف والسلم . واختلف في القرض والأصح جوازه ، والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الإلحاق . ولو باع عبدا وسلمه ثم أقال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز ، ومن الأجنبي لا يجوز ، وللشافعي قولان : والأصل أن البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل أحد ، وما هو فسخ في حق العاقد ين بيع في حق ثالث يجوز من المشتري كالأجنبي (قوله ومن اشترى مكبلا مكايلا أو موزونا موازنة) أي اشتراه على كذا كيلا أو رطلا (فاكتاله أو اتزنه) لنفسه (ثم باعه مكايلا أو موازنة) في الموزون (لم يجوز للمشتري منه أن يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن) «لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان : صاع البائع ، وصاع المشتري» (روى من حديث جابر هكذا لكن بلفظ الصاعان معرفا أسنده عنه ابن ماجه وإسحاق وابن أبي شيبة ، وأعل بمحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ولفظه من حديث أبي هريرة وزاد فيه :

ملا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز إجارته ، لأن صحة الإجارة بملك الرقبة ، فإذا ملك التصرف في الأصل وهو الرقبة ملك في التابع . وقيل : لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح ، لأن المنافع بمنزلة المنقول والإجارة تملك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول . قال (ومن اشترى مكبلا مكايلا أو موزونا موازنة الخ) إذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد وأراد التصرف فذلك على أربعة أقسام : اشترى مكايلا وباع مكايلا ، أو اشترى مجازفة وباع كذلك ، أو اشترى مكايلا وباع مجازفة ، أو بالعكس من ذلك . ففي الأول لم يجوز للمشتري من المشتري الأول أن يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الأول كذلك «لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان : صاع البائع ، وصاع المشتري» ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع ، والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو بترك التصرف ، وهذه العلة موجودة في الموزون فكان مثله . وفي الثاني لا يحتاج إلى الكيل لعدم الافتقار إلى تعيين المقدار .

(قوله لأن المنافع بمنزلة المنقول) في الفصل التاسع عشر من الفصول العمادية والشيخ الإمام أبو الفضل الكرماني أورد عليه إشكالا : أنه إذا أجز المستأجر قبل القبض يجوز ، ولو صح ما قال لا يجوز انتهى . قال ابن البرزاني : وأنت خير بأن العين قائم مقام المنفعة في حوائط الاتيين فينظر أيضا إلى ما قام به المنفعة انتهى . وما ذكره تأييدا للإشكال لأجواب عنه كما يومه ظاهر عبارته .

في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه ، بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة له ، وبخلاف ما إذا باع الثوب

« فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقصان رواه البزار : حدثنا محمد بن عبد الرحمن : حدثنا مسلم الجرمي ، حدثنا بخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة وقال : لانعلمه يروى عن أبي هريرة إلا من هذا الوجه ، وله طريقان أخرين عن أنس وابن عباس ضعيفان : وقال عبد الرزاق : أخبرنا معمر عن يحيى بن أبي كثير « أن عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يتباعان التمر ويجعلانه في غرائر ثم يبيعهانه بذلك الكيل ، فنهاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعهاه حتى يكيلا لمن ابتاعه منهما » فهذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الأئمة إياه ، فإنه قد قال بقولنا هذا مالك والشافعي وأحمد رضي الله عنهم ، وحين علله الفقهاء يجعله من تمام القبض إذ بالكيل يتميز حقه عن حق البائع إذ عسى أن يكون أنقص أو أزيد فيضيع ماله عند البائع أو مال البائع عنده فألحقوا بمنع البيع منع الأكل قبل الكيل والوزن ، وكل تصرف يبني على الملك كالهبة والوصية وما أشبههما وألحقوا بالكيل الموزون : وينبغي إلحاق المعلوم الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض إذا اشترى معاددة ، وبه قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه فأفسد البيع قبل العد ثانيا لاتحاد الجامع ، وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المالين ، فإن الزيادة فيه للبائع خلافا لما روى عنهما من جواز البيع الثاني قبل العد : ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنفية للمشتري لم يلحقوها ؛ فلو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع جاز أن يبيعه قبل الذرع ؛ لأنه لو زاد كان للمشتري ، ولو نقص كان له الخيار ، فإذا باعه بلا ذرع كان مسقطا خياره على تقدير النقص وله ذلك . ولما كان النهي عن بيع الطعام اقتصر على ما إذا كان المكيل أو الموزون مبيعا ، فلو كان ثمتا بأن اشترى بهذا البر على أنه كره قبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن ، لأن التصرف في الثمن قبل قبضه جائز ، فأولى أن يجوز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه . ثم لا يخفى أن ظاهر النص منع بيع الطعام إلا مكايلة فيقتضي منع بيعه مجازفة ، ولا نعلم خلافا في أن ظاهره متروك وأنه محمول على ما إذا وقع البيع مكايلة . أما إذا اشتراه مجازفة بيع صبرة فله أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لأن كل المشار إليه له فلا يتصور اختلاط المالكين . وقول المصنف فيه (لأن الزيادة له) قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه بأن ابتاع صبرة على ظن أنها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكلف

وفي الثالث لا يحتاج المشتري الثاني إلى كيل لأنه لما اشتراه مجازفة ملك جميع ما كان مشارا إليه فكان متصرفا في ملك نفسه . قال المصنف (لأن الزيادة له) واعترض بأن الزيادة لا تتصور في المجازفة . وأجيب بأن من الجائز أنه اشترى مكايلا مكايلة فاكتماله على أنه عشرة أقفزة مثلاً ثم باعه مجازفة فإذا هو اثنا عشر في الواقع فيكون زيادة على المكيل الذي اشتراه المشتري الأول وفيه من التمثل ماترى : وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع ، وذلك بأن باع مجازفة وفي ذهنه أنه مائة قفيز فإذا هوزائد على ما ظنه فالزائد للمشتري ، ويجوز أن يجعل من باب الغرض ، ومعناه أن المانع من التصرف هو احتمال الزيادة : ولو فرض في المجازفة زيادة كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكايلة ، فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف على تقدير علمه أولى . ويجوز فرض الحال إذا تعلق به غرض كقولاه تعالى - إن تدعوهم لا يسمعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم - وفي الرابع يحتاج إلى كيل واحد ، إما كيل المشتري أو كيل البائع بحضرته لأن الكيل شرط لجواز التصرف فيما يبيع مكايلة لمكان الحاجة إلى تعيين المقايير الواقع مبيعا ، وأما المجازفة فلا يحتاج إليه لما ذكرنا : فإن قيل : النهي عن بيع الطعام إلى الغاية المذكورة يتناول الأقسام الأربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب ؟ فالجواب أنه معلول باحتمال الزيادة على الشروط

مذارعة. لأن الزيادة له إذ الذرع وصف في الثوب ، بخلاف القدر ، ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ، ولا بكيله بعد البيع بغية المشتري لأن الكيل من باب التسليم لأن به يصير المبيع معلوما ولا تسليم إلا بحضرته . ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث ، فإنه اعتبر صاعين . والصحيح أنه يكتفى به لأن المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ، ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على مائتين في باب السلم إن شاء الله تعالى . ولو اشترى المعلوم عددا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لأنه ليس بمال الربا ، وكالموزون فيما يروى عن أبي حنيفة رحمه الله .

غيره ، وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما إذا اشتراه البائع مكايلة وباعه كذلك : أما إذا اشتراه مجازفة وإنما يحتاج إذا باعه مكايلة إلى كيل واحد للمشتري . وقول الراوى حتى يجرى فيه صاعان : صاع البائع معناه صاع البائع لنفسه ، وهو محمول على ما إذا كان البائع اشتراه مكايلة ، أما لو كان ملكه بالإرث أو الزراعة أو اشترى مجازفة أو استقرض حنطة على أنها كرت ثم باعها فالحاجة إلى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري ، وإن كان الاستقراض تملكيا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما لأن ما يردده عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تملكيا بلا عوض حكما : ولو اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه : وفي نوادر ابن سماعه يجوز . وإذا عرف أن سبب النهي أمر يرجع إلى المبيع كان البيع فاسدا . ونص على الفساد في الجامع الصغير ، ونص على أنه لو أكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال إنه أكل حراما لأنه أكل ملك نفسه ، إلا أنه آثم لتركه ما أمر به من الكيل ، فكان هذا الكلام أصلا في سائر المبيعات يباعا فاسدا إذا قبضها فملكها ثم أكلها ، وتقدم أنه لا يحل أكل ما اشتراه شراء فاسدا ، وهذا يبين أن ليس كل مالا يحل أكله إذا أكله أن يقال فيه أكل حراما (قوله ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع) من المشتري الثاني (وإن كان) كاله لنفسه (بحضرة المشتري) عن شرائه هو (لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط) بالنص (ولا بكيله بعد البيع) الثاني (بغية المشتري) وغية وكيله في القبض لأن التسليم إلى الغائب لا يتحقق وهذا الكيل المأمور به لتسليم المقدار الواجب (وإن كاله) أو وزنه (بعد العقد بحضرة المشتري) مرة فيه اختلاف المشايخ . قال عامتهم : كفاه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كيله ووزنه :

وذلك بما يتصور إذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه . ورد بأنه دعوى مجردة . وأجيب بأن التقصى عن عهدة ذلك بأن يقال : قوله تعالى - وأحل الله البيع - يقتضى جوازه مطلقا وهو مخصوص بآية الربا فجاز تخصيصه بخبر الواحد ، وفيه ذكر جريان الصاعين ، وليس ذلك إلا لتعيين المقدار وتعيين المقدار إنما يحتاج إليه عند توهم زيادة أو نقصان فكان في النص ما يدل على أنه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزا بلا كيل . ثم في قوله اشترى مكايلا إشارة إلى أنه لو ملكه بهمة أو إرث أو وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالمبيع وغيره ، وكذا لو وقع ثمنا كما سيأتي وحكم بيع الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكيل لأن الزيادة له ، إذ الذرع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم تكن في معنى ما ورد به النص لتلحق به ، بخلاف القدر فإنه مبيع لا وصف ، ولا معتبر بكيل البائع وهو المشتري الأول قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري الثاني لأن الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغية المشتري لأن الكيل من باب التسليم إذ المبيع يصير به معلوما ولا تسام إلا بحضرته . ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فإنه اعتبر صاعين . والصحيح أنه يكتفى به

لأنه لا تحمل له الزيادة على المشروط . قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه

إذا قبضه . وعند البعض لا بد من الكيل أو الوزن مرتين احتجاجا بظاهر الحديث : والصحيح قول العامة لأن الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوما وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض ، وتحمل ظاهر الحديث إذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن يشتري المسلم إليه من رجل كرا لأجل رب السلم وأمر رب السلم بقبضه اقتضاء عن سلمه فإن في ذلك يشترط صاعان : صاع للمسلم إليه ، وصاع لرب السلم فيكيله للمسلم إليه ثم يكيله لنفسه ، بخلاف كيله بغيبته لانتهاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز . ويصرح بنفيه ما في الجامع في بيع قفيز من صبرة إذا كان البائع قفيزا منها بغير حضرة المشتري فهلك أن البيع قائم في قفيز مما بقي ولا يقع به الإفراز ، ومن هنا ينشأ فرع وهو مالو كيل الطعام بحضرة رجل ثم اشتراه في المجلس ثم باعه مكايلا قبل أن يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء اكتاله للمشتري منه أو لا ، لأنه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فيبيعه بيع ما لم يقبض فلا يجوز (قوله والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) بالبيع والهبة والإجارة والوصية سواء كان مما يتعين أو لا يتعين عندنا سوى بدل الصرف والسلم لأن الملك مطلق ، وكان القياس ذلك أيضا في المبيع إلا أنه

به لأن المبيع صار معلوما بكييل واحد وتحقق معنى التسليم وانتهى احتمال الزيادة ، ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ماسيأتى في باب السلم أن من أسلم في كرفلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرا أو أمر رب المال بقبضه لم يكن قبضا ، وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فإكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين . واعلم أن في كلام المصنف رحمه الله إيهام التناقض ، وذلك لأنه وضع المسئلة أولا فيما إذا كان العقدان بشرط الكيل . واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ، ثم ذكر في آخر المسئلة أن الصحيح أن يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضى أن يكون وضع المسئلة فيما يكون عقدا واحدا بشرط الكيل ، لما أن الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية إنما هو في العقد الواحد بشرط الكيل . وأما إذا وجد العقد بشرط الكيل فلا اكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية ، بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين . ودفعه بأن يكون المراد بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري الأول والمشتري هو الثاني وبالبائع هو البيع الثاني ، ومعناه أن المشتري إذا باع مكايلا وكاله بحضرة مشتريه يكتفى بذلك لما ذكرنا من الدلائل ، وبدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين فإنه يدل على أن في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور إليه ، فكأنه يقول : الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما إذا اجتمعت الصفقتان كما في أول المسئلة وماسيأتى في باب السلم . وأما فيما نحن فيه فلا . هذا وإذا نظرنا إلى التعليل وهو قوله ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع يقتضى أن يكتفى بالكيل الواحد في أول المسئلة أيضا كما ذكرنا ، ولوثبت أن وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة أو قياس أو استحسان لكان ذلك مدفعا جاريا على القوانين لكن لم أظفر بذلك . ولو اشترى المعداد عدا فهو كالمندوع فيما يروى عن أبي يوسف ومحمد ، وهو رواية عن أبي حنيفة لأنه ليس بمال الربا ، ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنتين فكان كالمندوع ، وحكمه قد مر أنه لا يحتاج إلى إعادة الذرع إذا باع مزارعة ، وكالموزون فيما يروى عن أبي حنيفة وهو قول الكرخي لأنه لا تحمل الزيادة ، ألا ترى أن من اشترى جوزا على أنها ألف فوجدها أكثر لم تسلم له الزيادة ، ولو وجدها أقل يسترد حصة النقصان كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالموزون في الموزون . قال (والتصرف في الثمن قبل القبض جائز) سواء كان مما لا يتعين كالتفود أو مما يتعين كالكيل

غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعيينها بالتعيين ، بخلاف المبيع . قال (ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ، ويجوز أن يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا . وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق ، بل على اعتبار ابتداء الصلة . لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لأنه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد ، وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن إخراج فصار برا مبتدأ . ولنا أنهما بالحط والزيادة يغيران العقد من

منع بالنص لغرر الانفساخ ، وليس في الثمن ذلك لأنه إذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ البيع وتلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانفساخ بالهلاك كالمهر والأجرة وضمان المتلفات وغيرها ، واستثناء السلم لأن للمقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز ، وكذا في الصرف وأيده السمع وهو ما في السنن الأربعة عن سماك عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر قال « كنت أبيع الإبل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير ، فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يريد أن يدخل حجرته فأخذت بثوبه فسألته فقال : إذا أخذت واحدا منها بالآخر فلا يفارقك وبينك وبينه بيع . فإن هذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له . » وقد صححه الحاكم والدارقطني ، وقول الترمذي لانعرفه مرفوعا إلا من حديث سماك لا يضره وإن كان شعبة . قال حدثني قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه ، وحدثني داود بن أبي هند عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر لم يرفعه ، وحدثني فلان أراه أيوب عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر لم يرفعه ، ورفع سماك وأنا أهابه لأن المختار في تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لأنه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ، ولأن الظاهر من حال ابن عمر وشدة اتباعه للأثر أنه لم يكن يقتضي أحد النقيضين عن الآخر مستمرا من غير أن يكون عرفه عنه صلى الله عليه وسلم ، وأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يفارقه وبينهما بيع معناه دين من ذلك البيع لأنه صرف فنع النسبة فيه . وأما الميراث فالصرف فيه جائز قبل القبض لأن الوارث يخلف المورث في الملك وكان للميت ذلك التصرف ، فكذا للوارث وكذا الموصى له لأن الوصية أخت الميراث (قوله ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ، ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز أن يحط من الثمن) وسند كثر شرط كل منهما (ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) من المزيد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الزيادة إذا كان الثمن حالا ، وليس للمشتري أن يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل إعطائها ، ولو سلمها ثم استحق المبيع رجع بها مع أصل الثمن ، وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع إذا سلم الباقي بعد الحط (وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصحان) أي الزيادة والحط (على اعتبار الالتحاق) بأصل العقد (بل) الزيادة بر مبتدأ

والموزون ، حتى لو باع إبلًا بدراهم أو بكرًا من الخنطة جاز أن يأخذ بدله شيئا آخر . قال ابن عمر رضي الله عنهما : « كنا نبيع الإبل في البقيع فنأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم ، وكان يجوز رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعيينها بالتعيين : أي في النقود بخلاف المبيع . قال (ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن) إذا اشترى عينا بمائة ثم زاد عشرة

(قوله لعدم تعيينها بالتعيين : أي في النقود) أقول : فيكون الدليل أنخص من المدعى (قال المصنف : وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن إخراج فصار برا مبتدأ) أقول : قوله وكذا الحط : أي لا يلحق بأصل العقد (قوله فلا يمكن إخراج) أي إخراج كل الثمن من المقابلة بكل المبيع .

وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه رابحا أو خاسرا أو عدلا. ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغير ، وصار كما إذا أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد ، ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه ، بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به . وعلى اعتبار الالتحاق

من البائع والمشتري والخط لإبراء من بعض الثمن متى رده يرتد . وجه قولهما أن المبيع دخل في ملك المشتري بالقدر الأول ، فلو التحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده بدلا عن ملكه وهو المبيع ، وكذا الثمن دخل في ملك البائع فلو جازت الزيادة في المبيع كان المزيد عوضا عن ملكه : أعنى الثمن . قلنا : إنما يكون ما ذكرتم لو التحق بالعقد مع عدم تغييره ، لكننا قلنا إنهما بالزيادة والخط غيرا العقد عن وجهه الأول وهو كونه بذلك المقدار إلى كونه

مثلا أو باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئا أو حط بعض الثمن جاز ، والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الأصل والزيادة ، ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعهما إليه ، ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقى بعد الخط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك : يعنى الأصل والزيادة ، فإذا استحق المبيع يرجع المشتري على البائع بهما ، وإذا جاز ذلك فالزيادة والخط يلتحقان بأصل العقد عندنا . وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق ، بل على اعتبار ابتداء الصلة : أي الهبة ابتداء لا تتم إلا بالتسليم . لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لأن هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لأن المشتري ملك المبيع بالعقد المسمى ثمنا ، فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز ، وفي الخط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن إخراجها عن ذلك فصار برا مبتدأ . ولنا أن البائع والمشتري بالخط والزيادة غير العقد بتراضيهما من وصف مشروع إلى وصف مشروع ، لأن البيع المشروع خاسر وربح وعدل ، والزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا والعدل رابحا ، والخط يجعل الربح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في المبيع ، ولهما ولاية التصرف برفع أصل العقد بالإقالة ، فأولى أن يكون لهما ولاية التغير من وصف إلى وصف لأن التصرف في صفة الشيء أهون من التصرف في أصله وصار كما إذا كان لأحد العاقلين أولهما خيار الشرط فأسقطا أو شرطاه بعد العقد فصح إلحاق الزيادة بعد تمام العقد ، وإذا صح يلتحق بأصل العقد لأن الزيادة في الثمن كالوصف له ، ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه ، فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها . فإن قيل : لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا للكل البعض . أجاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله لا تغيير بوصفه ، لأن عمل الخط في إخراج القدر المخطوط من أن يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمنا . وأما حط الجميع فتبديل للعقد ، لأنه إما أن يبقى يبيعا باطلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمت أنهما لم يقصدا ذلك أو يصير هبة وقد كان

(قوله فصار) أي كل واحد من الزيادة والخط . قال في الذخيرة . وفي المحيط البرهاني في الفصل الحادي عشر من كتاب البيع : إذا وهب بعض الثمن قبل القبض أو أبرأه عن بعض الثمن قبل القبض فهو حط أيضا ، وإن كان البائع قد قبض الثمن ثم حط البعض أو وهب البعض بأن قال وهبت منك بعض الثمن أو قال حطت منك بعض الثمن صح ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري ، ولو قال أبرأتك عن الثمن بعد القبض لا يصح الإبراء انتهى . ووجه الفرق مذکور في الكتابين المذكورين فراجعهما فإنهم في الغاية (قوله وإذا صح يلتحق بأصل العقد لأن الزيادة في الثمن كالوصف له) أقول : الزيادة في الكميات والموزونات والمعدودات ليست بوصف ، فكيف يصح الالتحاق بهما إذا كانت مبيعة (قوله بوصف الشيء يقوم بذلك الشيء) أقول : وعنى أن المراد بالوصف هو كون العقد خاسرا وربحا وعدلا على ما يدل عليه سياق الكلام ، ولو صح ما ذكره لبق التحاق الخط بلا دليل ولا يخفى ما فيه (قوله فإن قيل : لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك الخ) أقول : يعنى بطريق الالتحاق ، وإلا فحط الكل صحيح بطريق البر والصلة بالاتفاق (قوله فالشرط فيه قيام الثمن) أقول : وإلا لم يكن بيما (قوله لأنه إما أن يبقى يبيعا باطلا) أقول : كما سبق في أحكام البيع الفاسد .

لا تكون الزيادة عوضاً عن ملكه، ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمراجعة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويأخذ على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط، وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة

بهذا المقدار ، ورأينا الشرع أثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة إلى صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود إلى إعدامه بلا سبب سوى اختيارهما . أما الأول فتحويله من عدم اللزوم إلى اللزوم بإسقاط الخيار وعكسه يلحق الخيار ، وكذا من كونه حالاً إلى مؤجل يلحق الأجل كما سنذكر في تأجيل الثمن الحال عندنا . وأما الثاني فبالإقالة وهي تعيده إلى قديم الملك فأولى أن يثبت لهما تغييره من وصف كونه راجحاً إلى خاسر أو خاسراً إلى راجح ، وإلى كونه عدلاً ، وثبت صحة الحط شرعاً في المهر بقوله تعالى - ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة - فبين أنهما إذا تراضيا بعد تقدير المهر على حط بعضه أو زيادته جاز : وإذا ثبت تصحيح ذلك لزم الالتحاق بأصل العقد ضرورة إذ تغييره يوجب كونه عقداً بهذا القدر في الضرورة بالتحقق ذلك به إذ وصف الشيء يقوم به ، بخلاف ما لو حط الكل لأنه تبديل لأصله إذ يصير البذل الآخر هبة فيخرج عن كونه عقد معاوضة إلى عقد التبرع فلا يلحق به ، وإذا ثبت الالتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه إلى آخر ما ذكرنا (ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمراجعة فتجوز) المراجعة (على الكل) من الأصل والزائد . ويجب أن يراجع على المبيع الأول وما زاده البائع مبيعاً لا الأول فقط ، وكذا التولية (ويأخذ) العقد في المراجعة والتولية (على الباقي) بعد الحط (و) كذا (في الشفعة حتى يأخذها) الشفيع (بالباقي) فقط . فإن قيل : لو التحق لزم أن يأخذها الشفيع في صورة الزيادة بالمجموع من الأصل والزائد وهو منتف بل لا يأخذ إلا بدون الزيادة ، أو يقال فلم فرقتم بين الحط والزيادة بالنسبة إلى الشفيع ؟ أجاب بقوله (وإنما كان للشفيع أن يأخذها) في صورة الزيادة (بدون الزيادة لما في الزيادة

قصدتهما التجارة في المبيع دون الهبة فلا يلتحق بأصل العقد لوجود المانع ، ولا يلزم من عدم الالتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلتحق حط البعض بأصل العقد ، وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضاً عن ملكه . ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمراجعة حتى تجوز على الكل في الزيادة ، وعلى الباقي في الحط فإن البائع إذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لآخر وليتلك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتحقاً بأصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة ، ويظهر حكمه أيضاً في الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الحط (قوله وإنما كان للشفيع) جواب سؤال مقدر تقديره لو كانت الزيادة ملتحقاً بأصل العقد لأخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد . وتقرير الجواب : إنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لأن حقه تعلق بالعقد الأول ، وفي الزيادة يبطل له ، وليس لهما ولاية على إبطال حق الغير بتراضيهما وهذا كله إذا كان المبيع قائماً . وأما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه . إذ الاعتياض إنما يكون في موجود الشيء يثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند ، بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج البذل عما يقابله لكونه إسقاطاً وإسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ويلتحق بأصل العقد استناداً . روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع . ووجهه أن يجعل المعقود عليه قائماً تقديراً وتجعل الزيادة تغييراً كما جعل قائماً إذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب ، وهذا لأن قيام العقد بالعاقدين لا بالحل ، واشتراط

(قوله فيلتحق حط البعض) أقول : لا يكفي لثبوت الالتحاق علم المانع منه بل لابد من مقتضى أيضاً ولم يتبين فلا يستقيم التفرع . (٦٦ - فتح القدير ج ١ - ٦)

من إبطال حقه الثابت فلا يملكه ، ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشئ يثبت ثم يستند ، بخلاف الخط لأنه بحال يمكن إخراج البديل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استناداً . قال (ومن باع بضمن حال ثم أجله أجلاً معلوماً صار مؤجلاً) لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه ،

من إبطال حقه الثابت) قبلها ، فإن بمجرد العقد الأول تعلق حقه بأخذها بما وقع عليه التراضي الأول وعقد به ، والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حادث منهما يبطل حقه فلا يتخذ تصرفهما ذلك عليه . ثم شرع يذكر شرط الزيادة والخط فقال (ثم الزيادة) إلى آخره : يعني أن شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية ؛ فلو هلك حقيقة بأن مات العبد أو الدابة أو حكا بأن أعتقه أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب وسلم أو أجر أو رهن ثم باعه من المستأجر والمرتهن أو طبخ اللحم أو طحن الحنطة أو نسج الغزل أو تخمر العصير أو أسلم مشري الخمر فنيا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد ، إذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج . ولهذا يصير الغاصب أحق بها إذا فعل في المغصوب ذلك ، وكذا الزيادة في المهر شرطها بقاء الزوجية ، فلو زاد بعد موتها لا تصح ، بخلاف مالو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث تثبت الزيادة ، وكذا إذا أجر أو رهن أو خاط الثوب أو اتخذ الحديد سيفاً أو قطع يد المبيع فأخذ المشتري أرشه حيث تثبت الزيادة في كل هذه ، وإنما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك (لأنه لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه) والالتحاق وإن كان يقع مستنداً فالمستند لا بد أن يثبت أولاً في الحال ثم يستند ، وثبوته متعذر لانتهاء المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالمبيع الموقوف لا ينبرم بالإجازة إذا كان المبيع هالكا وقتها (قوله على ظاهر الرواية) احتراز عما روى الحسن في غير رواية الأصول عن أبي حنيفة أن الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الخط بعد هلاكه . وفي المبسوط : وكذا إذا كانت الزيادة من الأجنبي وضمنها لأنه التزمها عوضاً ، وهذا الالتزام صحيح منه وإن لم يملك شيئاً بمقابلته كما لو خالغ امرأته مع أجنبي أو صالح مع الأجنبي من الدين على مال وضمنه صح وإن لم يملك الأجنبي شيئاً بمقابلته هذا في زيادة الثمن : فأما الزيادة في المبيع فقي جمع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع ، وهكذا ذكر في المنتقى وتكون لها حصة من الثمن ، حتى لو هلك قبل القبض سقطت حصتها من الثمن (بخلاف الخط) فإنه يصح بعد هلاك المبيع لأن المبيع بعد الهلاك بحيث يمكن حط (البديل) أي الثمن (عما يقابله) وحاصله إخراج القدر المخطوط عن أن يكون ثمناً ، فإنما يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق فيثبت الخط ملتحقاً بأصل العقد ؛ ألا ترى أنه يصح الخط بسبب العيب بعد الهلاك فإنه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ماسوياً ما رجع به ، فإسقاط عوض المعلوم يصح والاعتياض عنه لا يصح (قوله ومن باع بضمن حال ثم أجله أجلاً معلوماً صار مؤجلاً) وهو قول مالك خلافاً للشافعي ، وكذا قوله في كل دين حال لا يصير مؤجلاً بالتأجيل وهو قول زفر لأنه بعد أن كان حالاً ليس إلا وعداً بالتأخير : قلنا (الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه) وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الأجل بالتأجيل فإنه يقول : لاشك أن له أن يؤخر وإنما

المحل لإثبات الملك أو إيقائه بطريق التجدد فلم يكن لإبقاء العقد في حقه فائدة ، فأما فيما وراء ذلك ففيه فائدة فتبقى الزيادة في المبيع جائزة لأنها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصة من الثمن ، حتى لو هلك قبل القبض سقطت بحصتها شئ من الثمن . قال (ومن باع بضمن حال) ثم أجله أجل معلوم إذا باع شيئاً بضمن حال

(قوله والزيادة في المبيع جائزة) أقول : بعد الهلاك .

ألا ترى أنه يملك إبراءه مطلقا فكذا مؤقتا ، ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز ، وإن كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لأنه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل ، قال (وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلا) لما ذكرنا (إلا القرض) فإن تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الإعارة ، ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصى والصبي ومعاوضة في الانتهاء ، فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة ، إذ لا جبر في التبرع ،

الكلام في أنه يلزم التأخير شرعا إذا أخر . وقوله (ألا ترى) إلى آخره يستدل به مستقلا في المطلوب وهو أن الشرع أثبت عند إسقاطه الإسقاط إلى وقت معين فيثبت شرعا السقوط إلى ذلك الوقت كما ثبت شرعا سقوطه مطلقا بإسقاطه مطلقا (ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح) ومجيب المطر (لا يجوز) ولا يجوز التأجيل به ابتداء (وإن كانت) سيرة (كالحصاد والدياس يجوز) ويلزم كما إذا كفل إليها (وقد ذكرناه من قبل) يعني في آخر باب البيع الفاسد لأن الأجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليفسد به بل فيما هو دين (وكل دين إذا أجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا ، إلا القرض فإن تأجيله لا يصح) ولو شرط الأجل في ابتداء القرض صح القرض وبطل الأجل . وعند مالك يصح أيضا لأن القرض صار في ذمته كسائر الديون . ولومات المقرض فأجل ورثته صرح قاضيخان بأنه لا يصح كما لو أجل المقرض . وقول صاحب المبسوط ينبغي أن يصح على قول البعض لا يعارضه ولا يفيد ما يعتمد عليه ، ولا فرق بين أن يؤجل بعد استهلاك القرض أو قبله وهو الصحيح ، وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة إذ باستهلاكها لا تصير قرضا . والحيلة في لزوم تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدنيته فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ . وجه المسئلة أن القرض تبرع (لأنه صلة في الابتداء وإعارة حتى يصح) القرض (بلفظ أعرتك) هذه الألف بدل أقرضتك ونحوه (و) لهذا (لا يملكه من لا يملك الصلات والتبرعات كالوصى والصبي) والعبد والمكاتب (ومعاوضة في الانتهاء) لأنه أعطاه ليأخذ بدله بعد ذلك ولهذا يلزم رد مثله بعد ذلك وأخذ مثله (فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل ، كما) لا يلزم تأجيل (الإعارة) فإنه لو أعاره المتاع إلى شهر كان له أن يسترده

ثم أجله لا يخلو من أن يكون الأجل معلوما أو مجهولا ، فإن كان الأول صح وصار مؤجلا . وقال زفر : لا يلحق الأجل بالعقد ، وبه قال الشافعي لأنه دين فلا يتأجل كالقرض . ولنا أن الثمن حقه فيجوز أن يتصرف فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه ، ولأن التأجيل إثبات براءة مؤقتة إلى حلول الأجل ، وهو يملك البراءة المطلقة بالإبراء عن الثمن فلا يملك البراءة المؤقتة أولى ، وإن كان الثاني فلا يخلو إما أن تكون الجهالة فاحشة أو سيرة ، فإن كان الأول كما إذا أجله إلى هبوب الريح ونزول المطر لا يجوز ، وإن كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة ، لأن الأجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع الجهالة السيرة بخلاف البيع (وقد ذكرناه من قبل) يعني في أواخر البيع الفاسد قال (وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلا) كل دين حال بتأجيل صاحبه يصير مؤجلا (لما ذكرنا) أنه حقه ، لكن القرض لا يصح تأجيله ، وهذا لأن القرض في الابتداء صلة وإعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ، ولهذا يصح بلفظ الإعارة (ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصى والصبي) ، ومعاوضة في الانتهاء لأن الواجب بالقرض رد المثل لارد العين (فعلى اعتبار الابتداء لا يصح) أي لا يلزم التأجيل فيه (كما في الإعارة إذ لا جبر

— ٥٢٤ —

وعلى اعتبار الانتهاء لا يصبح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا ، وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلانا إلى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخلمة والسكنى فيلزم جقا للموصى ، والله تعالى أعلم .

في الحال إذ لا تأجيل في التبرع (وعلى اعتبار الانتهاء لا يصبح) أيضا (لأنه يصير) بهذه المعاوضة (بيع دراهم بمثلها نسيئة وهو ربا) ولأنه لو لزم كان التبرع ملزما على المتبرع شيئا كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو يناق موضوع التبرعات ، قال تعالى - ما على المحسنين من سبيل - نبي السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق ، فلو لزم تحقق سبيل عليه ثم للمثل المردود حكم العين كأنه رد العين ، ولولا هذا الاعتبار كان تمليك دراهم بدراهم بلا قبض في المحلوس فلزم اعتبارها شرعا كالعين ، وإذا جعلت كالعين فالتأجيل في الأعيان لا يصبح (بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف لفلان إلى سنة حيث يلزم) ذلك (من ثلثه لأنه وصية بالتبرع) فيلزم كما تلزم الوصية بخلمة عبده وسكنى داره سنة مع أنه لو أعار عبده أو داره سنة كان له أن يسترده في الحال ، وهذا لأن باب الوصية أوسع من سائر التصرفات ؛ ألا ترى أنه لو أوصى بثمره بستانه جاز ، وإن كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصى ونظرا له فضلا من الله ورحمة ، وللرحمة عليه أجازها الشرع وكان القياس أن لا نصح لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته ، والله تعالى أعلم .

وعلى اعتبار الانتهاء لا يصبح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا) وهذا يقتضى فساد القرض لكن ندب الشرع إليه ، وأجمع الأمة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم (ونوقض بما إذا أوصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلانا إلى سنة) فإنه فرض مؤجل وأجله لازم (حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه) إلى سنة . وأجيب بأن ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخلمة والسكنى في كونها وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها ، ؛ ألا ترى أنه لو أوصى بثمره بستانه لفلان صح ولزم وإن كانت معدومة وقت الوصية فكذا ذلك يلزم التأجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة جقا للموصى ، والله أعلم .

(قوله حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه) أقول : المبالغة الصحيحة أن يقرضوه من ثلثه ، لئلا يلزم تقديم معمول « ما » في حيز « أن » عليه ، وتصحيح ما في الكتاب يجعل المذكور تفسيرا للمقدر قبل أن ، والله أعلم .

تم الجزء السادس ، ويليه الجزء السابع وأوله :
(باب الربا)

فهرس

الجزء السادس

من شرح فتح القدير ، للإمام ابن الهمام الحنفى

صفحة	صفحة
١٩٦ فصل : وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة	٣ باب استيلاء الكفار
الخ	١٧ باب المستأمن
١٩٩ كتاب الوقف	٢٢ فصل : وإذا دخل الحربى إلينا مستأمننا الخ
٢٣٢ وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه	٣١ باب العشر والخراج
٢٤٠ الفصل الأول : فى المتولى	٤٣ باب الجزية
٢٤٢ الفصل الثانى : فى الموقوف عليه	٥٧ فصل : ولا يجوز إحداث بيعه ولا كنيسة
٢٤٦ كتاب البيوع	٦٣ فصل : ونصارى بنى تغلب يؤخذ من أموالهم
٢٨٠ فصل : ومن باع دارا دخل بناؤها فى البيع الخ	الخ
٢٩٨ باب خيار الشرط	٦٨ باب أحكام المرتدين
٣٣٥ باب خيار الرؤية	٩٩ باب البغاة
٣٥٤ باب خيار العيب	١٠٩ كتاب اللقيط
٤٠٠ باب البيع الفاسد	١١٨ كتاب اللقطة
٤٥٩ فصل : فى أحكامه	١٣٣ كتاب الإباق
٤٧٦ فصل : فيما يكره	١٤١ كتاب المفقود
٤٨٦ باب الإقالة	١٥٢ كتاب الشركة
٤٩٤ باب المراجعة والتولية	١٦٧ فصل : ولا تنعقد الشركة إلا بالدرهم والدنانير
٥١٠ فصل : ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول	الخ
الخ	١٩١ فصل : فى الشركة الفاسدة

